

Deuxième partie : LES EXCEPTIONS A L'EGALITE DES CREANCIERS DANS LE CONCOURS DECOULANT DE LA FAILLITE OU LIQUIDATION DES BIENS : LES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES FACE AUX AUTRES CREANCIERS DU DEBITEUR

La procédure de faillite ou liquidation des biens produit des conséquences énergiques à l'égard des créanciers qui ont déclaré leurs créances et ont été admis. La discipline collective à laquelle elle les astreint ainsi que la réglementation stricte de la procédure de détermination du passif et de l'actif en fournissent la preuve.

Nous voulons maintenant montrer que les sacrifices imposés aux créanciers dès l'ouverture de la procédure sont toutefois loin d'être égaux, car la procédure de faillite ou liquidation des biens laisse subsister les causes de préférence, quitte à en limiter certaines conséquences¹.

En effet, les articles 8 de la loi hypothécaire belge et 2093 du Code civil français² selon lesquels 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, donnent un fondement légal formel à la règle de l'égalité des créanciers, car, comme on l'a vu, toute convention qui tendrait à fausser le résultat du concours et donc à avantager certains créanciers au détriment des autres devrait être déclarée inopposable à la masse³.

Corollaire nécessaire du concours et gage de protection des créanciers en concours, l'égalité passe cependant, dans la procédure de faillite ou liquidation des biens, pour un principe relatif dont la portée diminue.

On a vu, en effet, et on le verra encore en détail dans les lignes qui suivent, que la loi impose, dans bien de situations, d'observer un ordre de répartition prioritaire pour certaines créances

¹ V. Y. GUYON, *op. cit.*, pp. 372 et s.

² Cette disposition du Code civil français est consacrée par la législation nationale de chaque Etat membre de l'OHADA.

³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 448. L'auteur fait référence à la jurisprudence de la Cour de cassation précisant que le principe de l'égalité l'emporte, en d'autres mots, sur la liberté des conventions (Cass., 17 octobre 1996, *Bull.*, 1996, p. 992).

liées directement à l'administration de la faillite ou liquidation des biens : il s'agit de dettes de la masse.

De même, l'égalité dans le concours se trouve fortement affaiblie et atteinte dans ses applications par plusieurs constructions légales ou la volonté même des parties engendrant des mécanismes préférentiels permettant d'échapper au concours.

Bien plus, diverses causes de préférence non seulement affaiblissent gravement la principe de l'égalité dans le concours, mais aussi rompent l'égalité des créanciers⁴. L'on n'hésite pas d'ailleurs à affirmer à cet égard que le nombre très important de privilèges établis par la loi a rendu creuse la notion même de répartition égalitaire en cas de faillite ou liquidation des biens⁵.

Il demeure cependant que l'égalité est encore applicable comme principe résiduaire et justifie, comme on l'a vu, de nombreux mécanismes de la loi sur les faillites ou liquidation des biens. Elle ne profite alors, en réalité, aux créanciers chirographaires et, dans une certaine mesure, privilégiés généraux que de manière marginale.

Il en résulte que l'ordre de paiement consacré par la loi sur les faillites ou liquidation des biens et les exceptions à l'égalité dans le concours qu'elle laisse intacte ne peuvent que produire des conséquences néfastes surtout sur les créanciers chirographaires.

Pour le démontrer, nous examinerons respectivement l'égalité dans le concours comme principe affaibli d'une part par les dettes de la masse et les mécanismes préférentiels permettant d'échapper au concours (chapitre I) et, d'autre part, par les causes de préférence (chapitre II). Il nous sera alors aisé de montrer par la suite que l'égalité dans le concours ne profite aux créanciers privilégiés généraux et chirographaires que de manière marginale (chapitre III).

⁴ Sont ici visés, les privilèges et les hypothèques.

⁵ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 448.

Chapitre I. L'EGALITE DANS LE CONCOURS COMME PRINCIPE AFFAIBLI PAR LES DETTES DE LA MASSE ET LES MECANISMES PREFERENTIELS

Nous voulons montrer ici que l'égalité dans le concours se trouve affaiblie en cas de faillite ou liquidation des biens par les dettes de la masse regroupant notamment les différents frais exposés pour la liquidation d'actifs inclus dans l'assiette d'un concours de créanciers, qui doivent être payés avant toute distribution (section I). Cet affaiblissement ainsi que l'impact sur les créanciers chirographaires qui en résulte seront constatés à travers le commentaire de règles qui gouvernent ces dettes.

Elle s'amenuise également à cause des mécanismes préférentiels de plus en plus fréquents dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens (section II). Nous verrons que si les créanciers qui en bénéficient peuvent être considérés, en réalité, comme des créanciers dans la masse pouvant participer pleinement à la procédure, ils ont cependant intérêt à y échapper, si les conditions sont réunies, parce que cela leur permet d'être intégralement remplis de leurs droits, contrairement aux créanciers dans la masse *stricto sensu* qui, le plus souvent, reçoivent seulement un paiement partiel qui peut être symbolique et aux créanciers hors la masse, antérieurs ou postérieurs au jugement d'ouverture, qui doivent attendre la fin de la procédure pour réclamer leurs droits au débiteur⁶.

Section I. Les dettes de la masse

On tentera d'éclaircir la notion de dette de la masse (§1) avant d'examiner ses différentes sortes (§2) et la nature des droits des créanciers de la masse (§3).

§1. Notions générales

On peut trouver dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge⁷ les critères de détermination des dettes de la masse⁸. Cette dernière a en effet d'abord retenu, dans son arrêt

⁶ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 258.

⁷ Par suite de la rareté de la jurisprudence en droit uniforme et en droit français où les dettes de la masse ont été supprimées depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1985, l'on n'examinera ici que la jurisprudence de la Cour de cassation belge.

rendu le 30 mai 1968 en matière de liquidation de sociétés commerciales⁹, comme critère de distinction celui de la date de la naissance de la créance. Elle a ainsi déduit de la naissance des droits des travailleurs après la mise en liquidation de la société que les créances d'indemnités constituaient des dettes de la masse, sans qu'il faille avoir égard à la circonstance que les délais de préavis avaient été calculés en fonction de l'ancienneté acquise dans l'entreprise au moment du licenciement.

Elle a ensuite délaissé, depuis son arrêt du 20 juin 1975¹⁰, ce critère de la naissance de la dette au profit de celui du lien avec l'administration de la faillite¹¹. Dans ce litige où l'administration fiscale poursuivait contre le failli le recouvrement du précompte immobilier afférent à un immeuble utilisé pour la masse, la Cour de cassation décida que « *lorsque dans l'intérêt de la masse, (...), le curateur poursuit l'activité commerciale du failli, exécute les conventions que le failli a conclues, ou encore utilise les biens immeubles ou meubles de celui-ci aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite, la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent ainsi qu'au failli (...); que lorsque le curateur gère l'immeuble du failli, en utilisant cet immeuble pour les besoins de la faillite, ou en percevant les loyers, la masse doit supporter les charges qui grèvent cet immeuble, notamment le précompte immobilier... ».*

Il résulte de cet arrêt que la dette née postérieurement à la naissance du concours, doit être appelée dette de la masse, en raison de son lien avec les besoins de l'administration de la faillite, et non pas seulement en fonction de la date de sa naissance¹².

⁸ Voir pour de plus amples informations, M. GREGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur. Le cas du précompte immobilier », *loc. cit.*, pp. 370 et s ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Exposé des principaux points de droit à propos desquels le régime de la faillite a évolué au cours des dernières décennies », *Annales de droit de Louvain*, 1997, pp. 90 et s.

⁹ Cass., 30 mai 1968, *Pas.*, I, 1126 ; *R.P.S.*, 1969, p. 239, note Fr. T'KINT.

¹⁰ Cass., 20 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 1017.

¹¹ V. M. GREGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur. Le cas du précompte immobilier », *ibid.*, pp. 371 et s.

¹² *Idem*, p. 372. Les auteurs signalent que l'abandon de la date de naissance de la dette comme unique critère de distinction fut confirmé dans un arrêt du 28 avril 1883, dans lequel la Cour de cassation décida que « *lorsque le curateur est autorisé par le tribunal à continuer provisoirement les opérations commerciales du failli, les créances et les dettes résultant de cette activité sont des obligations de la masse elle-même, qui demeure sous l'administration du curateur tant que dure l'état de faillite* » (Cass., 28 avril 1883, *Pas.*, 1983, I, 972 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 708, note Ph. GERARD).

La Cour de cassation affirma enfin, dans trois arrêts rendus le 16 juin 1988¹³, l'attachement résolu de la jurisprudence nouvelle à un critère téléologique, et non plus seulement chronologique, de définition de la dette de la masse¹⁴.

Elle fait ressortir, dans sa définition des dettes de la masse, le rôle central dévolu à la personne chargée de la liquidation, soit, pour le cas de la faillite, le curateur. Ainsi, seules les dettes dont l'origine réside dans une activité de gestion du curateur peuvent se voir élevées au statut de dette de la masse et satisfaites par priorité, le cas échéant au détriment des créanciers dans la masse, fussent-ils nantis de sûretés ou privilèges, soumis aux règles de l'ordonnancement des répartitions pécuniaires¹⁵.

La doctrine abonde d'ailleurs dans le même sens lorsqu'elle souligne que la notion de dette de la masse¹⁶, dont se prévalent les créanciers de la masse, peut se déduire, mieux que de quelques textes épars (notamment les articles 99 de la loi belge sur les faillites généralement considéré comme base légale en droit belge et 108, alinéa 2, 117, 166-4° et 167-7° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif), d'une réflexion sur les mécanismes de liquidation qui impliquent nécessairement que certaines charges d'administration des patrimoines à liquider doivent être imputées par préférence à ces patrimoines¹⁷.

C'est en effet, parce que l'entité mise en liquidation subsiste malgré la mise en liquidation et peut ainsi contracter de nouvelles dettes par le biais de celui qui en a la gestion, que ces dettes

¹³ Les deux premières espèces concernaient respectivement la liquidation d'une société anonyme (Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1250 ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 5 et note) et celle d'une A.S.B.L. (Cass., 16 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1990 ; p. 11 et note), alors que la troisième espèce était relative à une situation analogue à celle ayant mené à l'arrêt du 20 juin 1975, en matière de recouvrement du précompte immobilier (Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, 1250 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 15, note I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de la masse, privilèges et monnaie de faillite »).

¹⁴ V. M. GREGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur. Le cas du précompte immobilier », *loc. cit.*, p. 373.

¹⁵ *Idem*, pp. 373-374.

¹⁶ Voir sur la notion de dette de la masse, notamment Y. DUMON, « Dettes de la masse dans les procédures de liquidation collective des patrimoines », *R.D.C.*, 1994, pp. 908 et s.; Ph. GERARD, « Observation sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 714-738 ; M. GREGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et application en clair-obscur. Le cas du précompte immobilier », *ibid.*, pp. 369 et s. ; I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *R.C.J.B.*, 1990, pp. 18 et s. ; A. ZENNER, « Des « frais et dépenses de l'administration de la faillite aux « dettes de masse », *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 685 et s.

¹⁷ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 449.

nouvelles sont, par définition, hors concours et devront être payées sur le patrimoine à liquider selon un ordre découlant plus de la nécessité des choses que des textes formels¹⁸.

La préférence ainsi reconnue aux dettes de la masse, c'est-à-dire les dettes dont l'ensemble des créanciers, la masse des créanciers, supportera la charge¹⁹, s'expliquerait par le fait qu'on ne peut soumettre les dettes découlant des obligations diverses que contracte le curateur ou syndic dans l'exercice de son mandat judiciaire à la loi du concours, car, s'il en était autrement, le curateur ou syndic ne trouverait pas les collaborations indispensables à l'exécution de sa mission²⁰.

En outre, la priorité reconnue aux dettes de la masse est aisément explicable, dans la mesure où les frais ont été exposés par le curateur ou syndic dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers à qui ils incomberont²¹ ; il serait d'ailleurs injuste de leur permettre de tirer profit de la gestion du curateur ou syndic sans en supporter les charges²².

Il apparaît de ce qui précède que la préférence reconnue aux créanciers de la masse, qui leur permet de se soustraire et partant d'affaiblir l'égalité dans le concours, se justifie naturellement par les nécessités mêmes de la procédure de faillite²³.

§2. Catégorisation de dettes de la masse

On peut distinguer, au regard de nos considérations précédentes, deux sortes de dettes de la masse²⁴ :

- celles constituées par les frais et dépens de gestion de la masse, c'est-à-dire les frais exposés pour la liquidation de la masse : les dépenses d'administration de la masse, les secours au failli et les obligations légales postérieures à la faillite ;

¹⁸ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 449.

¹⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 69.

²⁰ V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 318 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 70 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 450 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 650.

²¹ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence », *loc. cit.*, 1997, p. 185 ; Ph. GERARD, « Observation sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 738.

²² V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 319.

²³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 71.

²⁴ V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.*, pp. 319-320 ; I. VEROUGSTRAETE, *ibid.*, p. 450.

- celles nées d'initiatives du curateur : les dettes nées de contrats synallagmatiques dont l'exécution est poursuivie par le curateur ou syndic ou qui sont nées après la faillite ou liquidation des biens et les dettes nées de quasi-délits du curateur ou syndic.

A. Les frais et dépens de gestion de la masse

L'article 99 de la loi belge sur les faillites fait rentrer expressément ces frais dans la catégorie de dettes de la masse.

Un fondement indirect peut également en être trouvé, en droit uniforme, à l'article 72, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prévoit que « la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager ». Il en résulte que ces actions et engagements du syndic peuvent occasionner des nouveaux créanciers, appelés créanciers de la masse, dont les droits, nés, on s'en doute, après le jugement d'ouverture en conformité avec le dessaisissement, priment ceux des créanciers dans la masse dans la mesure où leurs prestations ont profité à celle-ci.

Les frais de la procédure de faillite ou liquidation des biens, excepté les frais engagés par le failli dans un recours contre la déclaration de faillite, qui restent à sa charge personnelle, sont compris dans les dépenses d'administration de la faillite ou liquidation des biens.

Les différents frais d'administration qu'implique une liquidation, dont les honoraires du curateur ou du syndic, sont également considérés comme des dépenses d'administration de la faillite ou liquidation des biens.

Il est toutefois possible que ces frais soient imputés, dans certains cas, à des créanciers déterminés, lorsque le curateur agit essentiellement au profit d'un seul créancier, notamment lors de la vente d'un bien hypothéqué ou gagé. Il en est ainsi également lorsque le curateur est appelé, au regard de l'article 100 de la loi belge sur les faillites, à prêter son concours pour la réalisation d'un bien grevé d'hypothèque ou d'un privilège ou, à tout le moins, à exercer une

surveillance sur la réalisation de ces biens ou à donner des autorisations, car dans ces cas, certains frais devront être imputés à ces créanciers²⁵.

Les frais occasionnés par les mesures de conservation et d'inventaire de l'actif mobilier et de l'actif immobilier (les honoraires des experts-gardiens, les primes d'assurance, les frais de conservation des archives, ...) figurent aussi dans les frais d'administration de la faillite ainsi que les frais relatifs à l'exécution des obligations sociales ou fiscales mises à charge des curatelles par diverses lois ou par des réglementations particulières.

Rentrent, en outre, dans les frais d'administration de la faillite ou liquidation des biens, les frais relatifs à la clôture des livres et écritures du failli, à la vérification ou à l'établissement du bilan de liquidation et à la tenue de la comptabilité de la liquidation, les frais relatifs à l'emploi du failli et les salaires et appointements du personnel nécessaire aux besoins de la liquidation ou à la poursuite de l'activité ainsi que les honoraires des avocats dont l'intervention est sollicitée par le curateur ou syndic.

Les frais d'administration sont, en définitive, multiples²⁶ et peuvent, selon l'ampleur de la faillite ou liquidation des biens, emporter une partie importante du produit de l'actif.

B. Les dettes nées d'initiatives du curateur ou syndic

1°. Généralités

Les nouveaux engagements du curateur ou syndic au moment de la faillite ou liquidation des biens sont nombreux : les contrats de travail pour les besoins d'une poursuite d'activité ou de liquidation ; les contrats d'entreprise couvrant les devoirs qu'ils confient à des auxiliaires ou collaborateurs, comme les experts-gardiens, les comptables chargés de la vérification des écritures,... ; les emprunts destinés à couvrir les besoins en trésorerie d'une poursuite d'activité ou à dégager un actif nanti ou à conserver un actif revendiqué, ...

Nous venons de voir que les dettes contractées dans le cadre de nouveaux engagements du curateur *qualitate qua*, singulièrement dans le cadre de la continuation d'entreprise, sont des

²⁵ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 451.

²⁶ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 653-654.

dettes de la masse²⁷. Elles échappent ainsi au concours en ce sens qu'elles doivent être liquidées sur la base du patrimoine qui constitue le gage du créancier, à savoir le patrimoine à liquider qui forme le gage en vertu duquel le créancier a contracté²⁸.

Il n'est pas tenu compte ici du fait que les engagements nouveaux soient profitables ou ruineux. S'ils sont ruineux, les créanciers dans la masse devront exercer un recours contre le curateur ou syndic fondé sur sa faute de gestion. Le tiers cocontractant n'a comme gage que les biens de la masse, et non ceux du curateur²⁹.

Nous allons distinguer ici les dettes nées d'initiatives du curateur ou syndic selon qu'elles résultent de la poursuite des contrats en cours ou de la continuation de l'activité commerciale.

2°. Dettes nées de l'exécution des contrats en cours par le curateur ou syndic

Trois points seront successivement traités ici : le principe qui gouverne la matière (a), les exceptions au principe (b) et les attitudes des curateurs face aux contrats en cours et leurs conséquences (c).

a) Principe régissant le sort des contrats en cours

Il est admis qu'en principe l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens ne met pas fin aux contrats en cours au jour du jugement d'ouverture. Il est d'ailleurs affirmé aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme que la faillite et la liquidation des biens ne mettent pas fin, en principe et sauf clause résolutoire expresse, aux contrats conclus *intuitu pecuniae* ou aux contrats *intuitu personae* pour lesquels la loi prévoit expressément que la faillite ou liquidation des biens ne met pas fin au contrat³⁰.

²⁷ Cass., 16 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 5 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 455 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 652. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite par un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1995 décidant qu'« une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur a contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale du failli, en exécutant les conventions que celui-ci a conclues ou encore en utilisant ses meubles ou immeubles aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite ; (...) » (Cass., 30 mars 1995, *Pas.*, I, p. 374, cité par Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Exposé des principaux points de droit à propos desquels le régime de la faillite a évolué au cours des dernières décennies », *loc. cit.*, p. 90).

²⁸ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 455.

²⁹ *Idem*, p. 455.

³⁰ V. I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, p. 35 ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 181.

D'autres auteurs abondent dans ce sens lorsqu'ils enseignent qu'en principe, les contrats conclus avant la faillite subsistent³¹, mais leurs effets sont influencés par elle³².

Ce principe, consacré par la doctrine et la jurisprudence en droit belge sous l'empire de la loi de 1851, faute d'une disposition légale expresse en la matière, est aujourd'hui affirmé par la nouvelle loi belge sur les faillites.

L'article 46 de cette dernière apporte, en effet, certaines solutions à la question du sort des contrats auxquels le jugement de faillite n'a pas mis fin. Ses dispositions ont une portée générale et s'appliquent à tous les contrats en cours, quelle que soit leur nature, et notamment aux contrats de travail³³.

Le droit uniforme se prononce également sur la question à l'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en ces termes : « *Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque État-partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite* ». Cette disposition énonce ainsi explicitement le principe de la continuation des contrats en cours et les exceptions qui lui sont traditionnellement apportées.

On devra lire toutefois ces articles en ayant égard aux dispositions régissant les actes du débiteur accomplis pendant la période suspecte et considérer qu'en principe, les contrats conclus avant la faillite subsistent dans la mesure où ils sont opposables à la masse³⁴. S'ils ne le sont pas, le curateur ou le syndic – mais lui seul – peut encore accomplir les formalités nécessaires à cet effet³⁵.

Point n'est besoin de souligner que seul le curateur ou syndic a le droit d'exiger l'exécution du contrat. Il s'agit, en effet, d'un droit propre à l'administrateur qui n'appartient ni au

³¹ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 230 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 323 ; I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *Droit des affaires. Actualités et perspectives*, Liège, ECCI, 2006, p. 317 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 473.

³² V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 473.

³³ V. I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *ibid.*, p. 317.

³⁴ V. I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, 4^e éd., p. 99 ; I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, p. 35 quand il note ici que le curateur est en principe tenu par les contrats lorsque ceux-ci sont opposables à la masse.

³⁵ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 412 ; I. VEROUGSTRAETE, *ibid.*, 4^e éd., p. 99.

débiteur ni à son cocontractant. Ce droit, affirme-t-on, est d'ordre public, car l'égalité voulue par le législateur serait méconnue si un créancier pouvait exiger l'exécution du contrat³⁶.

Il sied de préciser enfin que la circonstance que les contrats ne sont pas résolus de plein droit ne signifie pas qu'ils sont continués de plein droit. On sait, en effet, qu'en matière de faillite, par exemple, la loi présume, au contraire, que les contrats ne sont pas continués : la faillite étant un mode de liquidation rapide, la continuation de l'activité n'est pas la règle, mais l'exception³⁷. Le court délai imposé aux curateurs pour prendre leur décision par l'article 46, alinéa 1^{er}, précité et surtout les conséquences que son alinéa 2 tire de son silence révèlent à suffisance que les contrats ne sont pas continués de plein droit³⁸.

Il y a lieu de remarquer, à cet égard, qu'alors qu'en droit belge le curateur doit se prononcer sur le sort des contrats en cours dès son entrée en fonction, en droit uniforme, par contre, il n'est imposé au syndic aucun délai endéans duquel il doit exercer son option. La possibilité est donnée toutefois au cocontractant ici et là de prendre les devants, s'il ne veut pas rester longtemps dans l'incertitude, en mettant le curateur ou le syndic en demeure d'exercer son option ou de fournir la prestation promise³⁹.

b) Exceptions au principe

Si la faillite ou liquidation des biens n'entraîne pas de plein droit la résolution des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture, elle emporte, cependant, la dissolution des contrats conclus *intuitu personae* et des contrats contenant une clause prévoyant expressément leur résolution en cas de faillite ou liquidation des biens⁴⁰.

³⁶ V. I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, p. 35.

³⁷ *Idem*, p. 35. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 182, va dans ce sens en indiquant que la continuation n'est pas automatique : il revient au syndic, quelle que soit la procédure ouverte, d'user de la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie (article 108, alinéa 1^{er}).

³⁸ Le droit uniforme s'inscrit également dans cette logique en prescrivant un délai de trente jours au syndic pour exercer son option (article 108, alinéa 3). Le délai est évidemment encore plus court en droit belge où il est de quinze jours.

³⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 183.

⁴⁰ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p. 197 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 323 ; Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 189 ; I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, 4^e éd., p. 99 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 473.

- **Contrats *intuitu personae***

Un contrat est dit *intuitu personae* lorsque la considération de la personne de l'un des contractants est pour l'autre l'élément déterminant de la conclusion du contrat⁴¹. C'est pourquoi les contrats *intuitu personae* conclus avec le débiteur failli sont dissous par le fait de la faillite ou liquidation des biens en raison de l'impossibilité de l'exécution personnelle du contrat par le débiteur failli⁴². La considération de sa personne, y compris sa solvabilité, a été déterminante au point que sa faillite entraîne de plein droit la résolution du contrat⁴³.

Cette solution s'impose dans la mesure où, par l'effet du dessaisissement, le débiteur ne peut plus engager ses biens, et partant faire produire à la convention ses effets légaux. Dès lors, chaque fois que la convention patrimoniale est faite *intuitu personae*, le contrat prend fin de plein droit au regard du créancier et de la masse⁴⁴.

Si la dissolution intervient de plein droit, il s'en suit qu'elle n'est pas demandée par le curateur ou par le créancier qui, dans un certain nombre de circonstances, ne pourra pas obtenir d'indemnité du fait de cette dissolution du contrat en l'absence d'inexécution fautive⁴⁵.

La dissolution de plein droit qui guète le contrat dans ce cas peut cependant trouver d'autres solutions : d'une part, il y a moyen de négocier un nouveau contrat par lequel on renonce à ce caractère *intuitu personae* et donc à la dissolution de plein droit; d'autre part, il y a moyen de prévoir dans un contrat une clause indiquant qu'il peut demeurer en vigueur même en cas de faillite, ce qui aura pour effet de retirer du contrat la qualité du contrat *intuitu personae* en cas de faillite⁴⁶.

Mais la stipulation qu'en dépit de la faillite un contrat sera continué ne serait pas valable s'il tend à procurer conventionnellement au créancier une cause de préférence par rapport aux

⁴¹ V. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, n° 460bis cité par Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 469.

⁴² V. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *ibid.*, p. 469.

⁴³ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, pp. 431 et 433.

⁴⁴ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, pp. 533-534 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 429.

⁴⁵ V. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *ibid.*, p. 469.

⁴⁶ *Idem*, p. 469.

autres créanciers⁴⁷. Certains auteurs en déduisent que les parties ne peuvent déroger à la résolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae* sous prétexte qu'une telle dérogation serait contraire à la règle de l'égalité entre les créanciers⁴⁸.

La précision apportée par d'autres auteurs à la question est importante, à notre avis, lorsqu'ils indiquent que les parties ne pourraient certes convenir d'avance que le contrat devra être entièrement exécuté par la masse, mais rien ne leur interdit de prévoir simplement qu'il demeurera en vigueur malgré la faillite. Le contrat perd alors son caractère personnel et se trouve soumis au même régime que les autres conventions antérieures au dessaisissement⁴⁹.

- **Contrats contenant une clause résolutoire expresse**

Rien n'interdit aux parties au contrat, en droit belge, au moment où elles signent, d'insérer dans le contrat une clause aux termes de laquelle la faillite de l'un des contractants entraînera de plein droit la résolution du contrat⁵⁰.

Pour autant que cette clause soit valable au regard du droit civil, elle peut sortir immédiatement ses effets puisqu'elle n'est pas purement potestative : sa validité dépend, en effet, à la fois de la volonté du débiteur de la mettre en œuvre, mais également des contingences extérieures, telle la faillite du cocontractant⁵¹.

Le curateur qui se voit notifier la clause résolutoire n'a pas à exercer d'option : le contrat est résilié si la clause de résiliation est valable et est correctement exercée. La ratio legis d'une telle stipulation est qu'elle évite au créancier une procédure en résolution, à condition, bien entendu, de faire connaître au curateur qu'il entend user de la clause.

⁴⁷ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 431.

⁴⁸ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 534 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VIII, n° 888ter.

⁴⁹ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, pp. 220-221 et p. 234 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁰ V. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 470 ; A. CLOQUET, *ibid.*, p. 431 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 429.

⁵¹ V. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *ibid.*, p. 470.

Elle ne fait donc qu'ouvrir conventionnellement, en faveur du créancier, une option qu'il lui appartient d'exercer autrement en justice⁵². Elle permet dès lors au créancier de se soustraire aux ennuis de s'adresser aux tribunaux pour obtenir la résolution.

Le droit uniforme s'oppose catégoriquement, pour sa part, à pareille clause au regard de l'article 107 de l'Acte uniforme cité ci-dessus. Elle ne peut, en effet, être invoquée ici, car toute clause résolutoire fondée sur la survenance de la procédure collective est nulle et réputée non écrite.

Il n'en est pas, par contre, ainsi si la résolution était acquise avant le jugement d'ouverture sur un autre fondement, comme l'inexécution de ses obligations par le débiteur, car, en ce cas, le cocontractant peut s'en prévaloir⁵³. D'ailleurs la règle de la suspension des poursuites ne joue pas dans ce cas (article 75, alinéa 3), car l'ouverture de la procédure collective ne peut empêcher de critiquer les contrats irrégulièrement formés (annulation) ou inexécutés (résolution ou résiliation)⁵⁴.

L'article 107 précité, en s'opposant à toute clause résolutoire expresse fondée sur la survenance de la procédure collective, porte tout de même une limitation injustifiée à la liberté contractuelle surtout quand on sait que le syndic conserve malgré tout la faculté d'exécuter ou non le contrat.

Hormis les deux cas, le sort des autres contrats dépend entièrement de l'option du curateur ou syndic de les exécuter ou non.

c) Option du curateur ou syndic et ses conséquences

- **Option du curateur ou syndic**

C'est au curateur ou syndic qu'il revient, on s'en doute, de prendre la décision de poursuivre ou non l'exécution des contrats en cours au moment de la faillite ou liquidation des biens lorsque, évidemment, l'ouverture de celle-ci n'y met pas fin.

⁵² V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 431.

⁵³ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁴ *Idem*, p. 182.

La faculté pour le curateur ou syndic de ne pas exécuter les contrats en cours se justifie par la règle de l'égalité des créanciers : les créanciers dont les contrats sont exécutés par la curatelle sont, en effet, avantagés par rapport à ceux dont les contrats ne le sont pas⁵⁵. C'est donc en raison de cette règle que le curateur ou syndic a le droit, voire le devoir, de résilier certains contrats. Il faut empêcher que, par des mécanismes purement conventionnels, l'égalité existant entre les créanciers au jour du concours ne soit pas profondément modifiée au moment de la répartition⁵⁶.

Il est par conséquent le seul juge de son choix, sauf dans les cas où la loi subordonne l'exécution du contrat à l'autorisation du juge-commissaire, par exemple, en droit belge, en cas de retrait d'un gage (article 88 de la loi belge sur les faillites), de paiement du prix de marchandises non encore livrées au failli (article 107 de la même loi) ou d'opposition à la revendication du vendeur (article 108, alinéa 2, de la loi précitée)⁵⁷.

Si le curateur ou syndic demeure le seul juge de l'intérêt qu'il y a pour la masse de poursuivre un contrat et décide donc librement d'adopter ou d'abandonner les conventions en cours⁵⁸, il reste un fait qu'il n'optera pour l'exécution que si celle-ci est avantageuse pour la masse, ou à tout le moins nécessaire pour les besoins de la liquidation⁵⁹.

La décision du curateur ou syndic d'exécuter ou non le contrat ne peut se présumer; elle sera tacite ou expresse. Mais la décision tacite ne sera admise que si elle ne suscite aucun doute⁶⁰.

On précisera ici qu'alors que la volonté d'exécuter le contrat peut être tacite, celle de le résoudre, en revanche, doit être expresse; en outre, s'il appartient au curateur ou syndic de choisir entre l'exécution et la résolution, c'est à son partenaire qu'il revient toutefois, on l'a vu, de l'interpeller pour savoir s'il entend ou non exécuter le contrat.

⁵⁵ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 473.

⁵⁶ V. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, p.471 ; A. ZENNER, « Des « frais et dépenses de l'administration de la faillite » aux « dettes de masse », *loc. cit.*, pp. 690-691.

⁵⁷ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 474.

⁵⁸ V. A. ZENNER, « Des « frais et dépenses de l'administration de la faillite » aux « dettes de masse », *ibid.*, p. 692.

⁵⁹ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 428 ; A. ZENNER, *ibid.*, p.474 ; M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, p. 897.

⁶⁰ V. A. ZENNER, « Dettes dites « de masse » et contrats en cours au moment de la faillite », *J. T.*, 1982, p. 86 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 474 ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 183.

L'intérêt de tirer les conséquences de l'une ou l'autre option arrêtée par le curateur ou syndic se manifeste alors avec acuité.

- **Conséquences de la poursuite des contrats en cours**

Nous venons de voir que le curateur ou syndic peut exécuter les contrats qui ne sont pas dissous par la faillite ou l'ouverture de la liquidation des biens lorsque la masse y trouve avantage, ce dont il est seul juge⁶¹. Pour ce faire, il choisira, sous sa responsabilité bien sûr, les contrats qui sont nécessaires pour sa gestion ou qui présentent un avantage évident pour la masse⁶².

L'absence d'intérêt de la masse engagerait par conséquent la responsabilité du curateur ou syndic envers celle-ci, mais ne saurait être ultérieurement invoquée pour réclamer au cocontractant de bonne foi la restitution de ce qu'il aurait reçu⁶³.

Lorsqu'il décide d'exécuter le contrat, le cocontractant devient créancier de la masse⁶⁴. Le législateur belge a consacré cette position unanimement admise par la doctrine et la jurisprudence en précisant que « *lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite* » (article 46, alinéa 3, de la loi sur les faillites).

Le droit uniforme se prononce, quant à lui, timidement sur la question à l'article 108, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prévoit que « *si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse* ».

C'est plutôt à l'article 117 dudit Acte qu'il faut se référer pour trouver une réponse ferme à cette question. Il dispose, en effet, en rapport avec la continuation de l'activité, que « *toutes*

⁶¹ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 324.

⁶² V. LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 429.

⁶³ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, pp. 324-325.

⁶⁴ *Idem*, p. 325 ; I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, 4^e éd., pp. 99-100 ; I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, p. 36 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 475.

les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse (...) ».

Il en résulte que la poursuite régulière du contrat en cours par le syndic constitue une créance contre la masse dans la mesure évidente où elle rentre dans la catégorie d' « activité régulière du débiteur ou du syndic » visée par le législateur de manière globale.

Il apparaît de ce qui précède que dès lors que le curateur ou syndic poursuit un contrat, le cocontractant doit recevoir un traitement préférentiel par rapport aux créanciers qui composent la masse. Mais seules les dettes de l'entreprise faillie en raison de prestations dont elle a bénéficié après l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens reçoivent le statut de dette de la masse, les autres gardant leur statut antérieur⁶⁵.

Si donc le cocontractant devient créancier de la masse au cas où le curateur ou syndic exécute le contrat, une précision s'impose au regard de ce qui vient d'être dit : il ne le sera cependant que pour partie si le contrat est divisible, comme dans le cas de contrats à prestations successives; la créance qui correspond à des prestations antérieures à la faillite entre alors dans la masse, à moins que le créancier n'ait subordonné l'exécution du contrat au règlement intégral de ses droits, sans aucune restriction⁶⁶.

Plus concrètement, le cocontractant deviendra créancier de la masse pour le tout si le contrat est indivisible ou pour une partie si le contrat est divisible. Dans cette dernière hypothèse, la partie de la créance qui a trait à des prestations antérieures entre dans la masse⁶⁷.

On ne peut terminer cette analyse sans indiquer qu'il est des cas où le curateur ou syndic met ultérieurement fin au contrat après l'avoir assumé. Les dommages et intérêts dus suite à cette rupture par les curateurs sont, au regard de l'article 46 de la loi belge sur les faillites et de l'article 109, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme, dans la masse, et ce même si le curateur en a

⁶⁵ V. Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 191 ; A. ZENNER, « Dettes dites « de masse » et contrats en cours au moment de la faillite », *loc. cit.*, p. 86. Cet auteur va dans ce sens aussi lorsqu'il affirme que le droit de préférence propre aux dettes dites « de masse » ne doit pas s'étendre à tout ce qui est dû en vertu du contrat maintenu en vigueur par le curateur ; la préférence n'est accordée au créancier que dans la mesure où elle est nécessaire pour l'amener à traiter avec le curateur.

⁶⁶ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 325 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 475.

⁶⁷ V. I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, 4^e éd., p. 100.

temporairement poursuivi l'exécution⁶⁸. Donc dorénavant, lorsque le curateur ou syndic met ultérieurement fin au contrat, l'indemnité contractuelle, légale ou judiciaire de rupture tombe dans la masse et ne jouit par conséquent d'aucune préférence.

On retiendra, en somme, que d'une part, lorsqu'un contrat est poursuivi par le curateur ou syndic après la faillite ou l'ouverture de la liquidation des biens, seules les prestations dues par le débiteur constituent des dettes de la masse, le cocontractant restant créancier dans la masse pour les prestations antérieures à la faillite ou à l'ouverture de la liquidation des biens et, d'autre part, toute indemnité de rupture ultérieure du contrat par le curateur ou syndic après l'avoir exécuté rentre au passif dans la masse.

- **Conséquences de la dénonciation des contrats en cours**

Il a été dit ci-dessus que le curateur ou syndic peut décider en toute liberté de ne pas exécuter les contrats en cours au moment de la faillite ou liquidation des biens et que les effets des conventions régulièrement conclues par le débiteur failli, sans simulation ni fraude, s'imposent aux tiers, et donc en particulier à la masse des créanciers, tels qu'ils sont consommés au jour du jugement déclaratif⁶⁹.

Au regard du droit commun, lorsque le curateur ou syndic n'exécute pas intégralement les obligations du débiteur failli, l'autre partie peut opposer l'exception d'inexécution ou le droit de rétention ou encore poursuivre la résolution de la convention⁷⁰.

L'exception d'inexécution demeure, en effet, applicable malgré la faillite ou l'ouverture de la liquidation des biens. Aucun texte légal ne déroge à l'exception d'inexécution en cas de faillite ou d'ouverture de la liquidation des biens d'un des cocontractants.

Elle consiste dans la dispense accordée à une partie, d'exécuter ses propres obligations, si l'autre partie n'exécute pas les siennes, dans les relations juridiques comportant des

⁶⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 70 ; Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 191 qui soulignent que la même solution est affirmée expressément, pour les contrats de travail, à l'article 90 de la loi belge sur les faillites. On peut lire aussi dans le même sens, A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 475-476.

⁶⁹ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 476.

⁷⁰ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p. 198 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 430 ; A. ZENNER, « Dettes dites « de masse » et contrats en cours au moment de la faillite », *loc. cit.*, p. 86.

obligations réciproques, exigibles sans délai, trait pour trait, donnant donnant⁷¹ et a pour but de permettre au cocontractant du débiteur failli de se soustraire à l'exécution de ses propres obligations⁷².

La recevabilité de ce moyen suppose que la créance de l'*excipiens* soit certaine et exigible et que la défaillance dont il se prévaut soit imputable à son cocontractant. Ce moyen ne peut être invoqué contrairement à la bonne foi et le juge apprécie si le manquement justifie l'inexécution temporaire des obligations⁷³.

Quant au droit de rétention, il permet, en droit belge, au créancier du débiteur failli de retenir une chose lui appartenant, lorsqu'il détient légitimement une chose appartenant au débiteur failli (autrement qu'en exécution d'un contrat de nantissement)⁷⁴.

L'exercice de ce droit obéit à diverses conditions⁷⁵ :

- la créance du rétenteur sur le débiteur failli doit être certaine, exigible et liquide, ou aisément liquidable;
- la chose retenue doit être un bien corporel, meuble ou immeuble, aliénable et saisissable, appartenant au débiteur failli;
- elle doit être restée en possession du rétenteur;
- la détention doit s'exercer de bonne foi, ce qui n'est pas le cas lorsque le créancier s'est emparé par subterfuge du bien retenu ou l'a acquis fautivement;
- la détention doit être continue, en ce sens que le créancier ne peut reprendre la chose après son dessaisissement volontaire.

Notons également que l'opposabilité à la masse de l'exercice du droit de rétention suppose une connexité matérielle ou juridique entre le bien (ou sa détention) et la créance⁷⁶.

⁷¹ V. H. DE PAGE, t. IV, 213 et t. VI, 802, cité par A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 415 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 477.

⁷² On lira à ce sujet, J.- L. FAGNART, « Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution », *R. C. J. B.*, 1979, p. 12 ; P. Van OMMESLAGHE, « Observation sur les effets et l'étendue du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus* spécialement en cas de faillite du débiteur », *R. C. J. B.*, 1963, p. 69 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 477.

⁷³ V. Mons, 16 décembre 1996, *J. T.*, 1997, p. 329 cité par A. ZENNER, *ibid.*, p. 477.

⁷⁴ V. J. – L. FAGNART, « Recherche sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution », *ibid.*, p. 12 ; P. Van OMMESLAGHE, « Observation sur les effets et l'étendue du droit de rétention et de l'*exceptio non adimpleti contractus* spécialement en cas de faillite du débiteur », *ibid.*, p. 69 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 477.

⁷⁵ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 478.

Aussi convient-il de mentionner que lorsque le curateur, résistant à l'exercice du droit de rétention, refuse paiement, le rétenteur doit le laisser réaliser la chose, à charge pour lui de le désintéresser en premier lieu⁷⁷. C'est pour cette raison que dès que le curateur propose de reprendre le bien retenu pour le vendre et admet que le rétenteur sera payé par préférence sur le prix retenu, la rétention ne se justifie plus et les frais de gardiennage subséquents ne peuvent plus être mis à charge de la masse⁷⁸.

La résolution de la convention, quant à elle, reste permise en principe après la faillite ou l'ouverture de la liquidation des biens⁷⁹. Elle découle, en effet, du fait que la faillite ou l'ouverture de la liquidation des biens ne fait pas obstacle à ce que le cocontractant du débiteur failli, sauf le vendeur qui a perdu la possession, poursuive la résolution du contrat, que ce soit en application des articles 1184 du code civil belge ou 109, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ou encore en vertu d'une clause résolutoire expresse en droit belge.

Le cocontractant du débiteur failli est fondé, au regard de ces dispositions, d'exiger le paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat par le curateur ou syndic dans le délai imparti. Ces dommages-intérêts constituent une créance dans la masse et ne donnent dès lors droit qu'à un dividende⁸⁰.

On retiendra donc que si la poursuite du contrat conduit le cocontractant du débiteur failli à bénéficier d'une créance à charge de la masse pour les prestations ultérieures à la faillite ou à

⁷⁶ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 478-479. L'auteur souligne ici que la connexité dite matérielle existe lorsque la dette du failli est directement liée à la chose retenue, alors que celle dite juridique existe lorsque la dette du failli n'est pas directement liée à la chose retenue, mais est en corrélation avec la chose dans le cadre d'un contrat unique. Si là la source du droit de rétention réside dans le fait de la détention, ici la source de ce droit réside dans le rapport synallagmatique.

⁷⁷ Dans ce sens, comm. Gand, 15 janvier 1955, *J.T.*, 1956, 108, note BERTEN, cité par J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 327. La solution offre, selon ces derniers auteurs, plus de garantie pour la masse ; elle ne doit cependant causer de préjudice au créancier. Elle ne procure pas, constatent-ils à juste titre, un privilège non prévu par la loi, car le curateur ou syndic ne s'identifie pas avec le débiteur ; il remplit un mandat de justice et il est normal de lui permettre de disposer d'un bien du failli à charge d'en utiliser le prix pour payer un créancier, lorsque cette opération est avantageuse pour la masse.

⁷⁸ V. Liège, 7 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 633 ; Comm. Charleroi, 27 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 175 cité par A. ZENNER, *ibid.*, p. 479.

⁷⁹ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 417. L'article 109, alinéa 1^{er}, la prévoit de manière expresse.

⁸⁰ *Idem*, p. 418 ; M. FROMONT, *op. cit.*, p. 289 qui affirme que même en droit allemand, il faut des dommages-intérêts au partenaire du failli au cas où le curateur renonce à l'exécution du contrat ; J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, pp. 325-326 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 488 ; I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, p. 37 ; A. ZENNER, « Dettes dites « de masse » et contrats en cours au moment de la faillite », *loc. cit.*, p. 86.

l'ouverture de la liquidation des biens, alors que celles antérieures à celle-ci constituent une créance dans la masse, l'inexécution du contrat confère, en revanche, au cocontractant un droit à la réparation du préjudice causé par cette inexécution à telle enseigne que les dommages – intérêts qui en découlent forment une créance dans la masse.

Il en résulte qu'alors que les conséquences de la poursuite des contrats en cours par le curateur ou syndic affaiblissent l'égalité dans le concours à cause de la préférence reconnue aux créanciers qui en bénéficient, celles de la dénonciation des contrats en cours consolident, en revanche, ladite égalité, car la créance qui en résulte tombe dans la masse et sera ainsi payée en monnaie de faillite.

Quid du sort des dettes nées de la continuation de l'activité commerciale ?

3°. Dettes nées de la continuation de l'activité commerciale par le curateur ou syndic

Nous avons déjà indiqué que les articles 47 de la loi belge sur les faillites et 113 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif forment les bases légales du maintien éventuel de l'activité économique et en déterminent les conditions et les modalités.

Pour rappel, la poursuite des opérations par le curateur ou syndic, qui doit demeurer exceptionnelle en cas de faillite ou liquidation des biens, doit être dictée par l'intérêt de créanciers et justifiée essentiellement par l'espoir d'une meilleure réalisation de l'actif au bénéfice des créanciers. Elle ne doit donc nullement nuire aux intérêts des créanciers.

Cette limite est capitale compte tenu du fait que les dettes découlant de cette poursuite sont des dettes de la masse et donc à charge des créanciers dans la mesure où elles sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens.

Il en résulte que la poursuite de l'activité commerciale peut être néfaste pour les créanciers chirographaires si elle occasionne un passif important et que les créances en découlant ne peuvent qu'affaiblir l'égalité dans le concours à cause de la préférence qui leur est reconnue.

L'intervention active du curateur ou syndic est donc lourde de conséquence, raison pour laquelle on admet que seule une décision de ce dernier (revêtu de la qualité spéciale de représentant des créanciers, que lui confère la loi), se traduisant par une démarche active (contracter des engagements ou les poursuivre) visant un objectif particulier (en vue de l'administration de la masse), peut ainsi attribuer à une dette le caractère préférentiel de la masse⁸¹.

Il convient alors de préciser, en guise de conclusion à cette étude, la nature des droits des créanciers de la masse.

§3. Nature des droits des créanciers de la masse

Les créanciers de la masse jouissent d'un droit de préférence dans la répartition de l'actif. Leur situation est de loin meilleure, en droit belge, par rapport à celle des créanciers dans la masse, car ceux-ci sont tenus de les laisser passer avant eux et le curateur ne peut procéder à aucune distribution de dividendes sans mettre en réserve les sommes nécessaires pour les payer (article 99 de la loi sur les faillites).

Etant donné qu'ils n'ont pour débiteur ni la masse, car elle n'est pas une personne morale, ni les créanciers eux-mêmes que les curateurs n'ont pas le pouvoir d'engager, quoiqu'ils les représentent, ils ne peuvent exercer de recours ni contre les curateurs, ni contre les créanciers⁸².

Le droit des créanciers de la masse constitue seulement une priorité de paiement, un « prélèvement sur l'actif de la faillite avant répartition du surplus entre les créanciers chirographaires du failli »⁸³. C'est ce qui fait qu'il affaiblit l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens et aggrave le sort des créanciers chirographaires.

⁸¹ M. GREGOIRE et M.-D. WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et application en clair-obscur. Le cas du précompte immobilier », *loc. cit.*, p. 376. Les auteurs citent une abondante jurisprudence belge qui va dans ce sens : Cass., 30 mars 1985, *Pas.*, 1995, I, 374 ; *J.T.*, 1995, p. 541 ; Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, 758 ; Cass., 2 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 503 ; Liège, 9 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1065 ; Liège, 26 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 978 ; Liège, 27 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1742 ; Liège, 28 mai 2002, 1999/RG/658, inédit.

⁸² V. A. ZENNER, « Des « frais et dépenses de l'administration de la faillite » aux « dettes de masse », *loc. cit.*, p. 720.

⁸³ Cass., fr., 14 avril 1934, *D.H.*, 1934, p. 298 ; Cass., fr., 18 janvier 1937, *D.H.*, 1937, p. 145 ; A. ZENNER, « Des « frais et dépenses de l'administration de la faillite » aux « dettes de masse », *ibid.*, p. 720.

Les créanciers de la masse jouissent d'une priorité de paiement en droit uniforme également conformément aux prescrits des articles 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prévoient respectivement un ordre de paiement en matière immobilière et en matière mobilière.

Mais l'on peut constater, à la lecture des ces articles, que la position occupée par les créanciers de la masse peut s'avérer moins intéressante ici, par rapport au droit belge, si les frais de justice et les salaires super privilégiés sont important et si les biens du débiteur font l'objet pour la plupart d'hypothèques, de gages, de nantissements inscrits ou d'un privilège spécial⁸⁴.

Ce qui ne va pas sans soulever la question de la responsabilité ou non du syndic qui décide, par exemple, la continuation du contrat en sachant que le débiteur ne sera pas en mesure de régler ponctuellement les prestations du cocontractant. L'on constate, à cet égard, que l'Acte uniforme ne fournit pas d'indication claire dans un sens ou dans l'autre⁸⁵.

L'éclairage du droit comparé français montre, comme le fait remarquer le professeur FILIGA SAWADOGO, que la jurisprudence française dans une telle hypothèse retient la responsabilité de l'administrateur (qui y remplace le syndic)⁸⁶. L'on doit évidemment, dans ce cas, prouver la faute de ce dernier, car elle ne peut être présumée.

Faut-il encore dire que les dettes nées d'initiatives du curateur ou syndic peuvent s'avérer assez importantes et non seulement affaiblir considérablement l'égalité dans le concours, mais aussi engloutir, au regard de leur position, une partie importante du produit de l'actif selon l'ampleur de la faillite ou liquidation des biens.

Examinons à présent l'impact des mécanismes préférentiels sur l'égalité dans le concours.

⁸⁴ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 184.

⁸⁵ *Idem*, p. 184.

⁸⁶ Dans ce sens, ces arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale, cité par M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 185 : 2 février 1993, *J.C.P.*, 1993, éd. E., 1, 275, n° 2 ; 30 novembre 1993, *Bull. cass.*, 4, n° 441 ; 5 octobre 1993, *D.*, 1994, sommaire 81, obs. A. HONORAT.

Section II. Les mécanismes préférentiels

§1. Notions générales

Ces mécanismes sont visés par Mme MOREAU-MARGREVE en ces termes : « certaines règles, voire certains mécanismes ou institutions tenant au droit des obligations, parfois même d'origine contractuelle, permettent à des créanciers qui sont dans des circonstances données propices de se trouver dans une situation telle qu'ils jouissent en définitive d'une préférence par rapport à d'autres créanciers, sans qu'ils se targuent, à cette fin, d'une sûreté »⁸⁷.

Les créanciers bénéficiaires de mécanismes préférentiels peuvent être considérés, dans une certaine mesure, comme des créanciers dans la masse car ils peuvent participer pleinement à la procédure de faillite ou liquidation des biens.

Ils ont néanmoins intérêt à y échapper, si les conditions sont réunies, parce que cela leur permet d'être intégralement remplis de leurs droits, contrairement aux créanciers dans la masse *stricto sensu* qui, le plus souvent, reçoivent seulement un paiement partiel qui peut être symbolique et aux créanciers hors la masse, antérieurs ou postérieurs au jugement d'ouverture, qui doivent attendre la fin de la procédure pour réclamer leurs droits au débiteur⁸⁸.

Peuvent ainsi faire échapper certains créanciers au concours résultant de la faillite ou liquidation des biens, les mécanismes dits préférentiels, qui, sans véritablement créer une sûreté, ont néanmoins incontestablement pour effet d'avantager le créancier qui en est bénéficiaire au détriment des autres.

Il en résulte qu'à côté des sûretés aussi bien réelles que personnelles et des privilèges généraux ou spéciaux, l'on dénombre divers mécanismes ou institutions qui permettent d'échapper au concours qui se forme entre créanciers sur le patrimoine de leur débiteur insolvable⁸⁹.

⁸⁷ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 217 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 91.

⁸⁸ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 258.

⁸⁹ V. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *J.T.*, 2004, p. 865.

Nous allons découvrir sommairement certains d'entre eux au regard des droits belge et uniforme en attendant nos amples développements ultérieurs concernant leur opposabilité et leur assainissement.

§2. La situation en droit belge

Les hypothèses de ce genre étant multiples, nous nous limiterons ici à trois institutions qui peuvent particulièrement retenir l'attention dans cette optique. Il s'agit de la compensation (A), du droit de rétention (B) et de l'exception d'inexécution (C).

On examinera essentiellement les effets de ces institutions, lorsqu'elles sont admises, sur les autres créanciers du failli – plus particulièrement sur la situation des créanciers chirographaires – et leur impact sur la règle de l'égalité dans le concours.

A. La compensation

1°. Siège de la matière

L'article 1289 du Code civil belge dispose que « *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes...* ».

Elle permet, en effet, au créancier qui se trouve être en même temps le débiteur de son propre débiteur d'être payé par préférence à concurrence de ce qu'il doit. Dès lors, l'examen de son application en cas de faillite ou liquidation des biens s'impose afin de cerner exactement son impact sur l'égalité dans le concours.

2°. Compensation et naissance du concours

Ce mécanisme spécifique du droit des obligations qu'est la compensation a deux fonctions⁹⁰ : un effet de paiement (double paiement abrégé) et un effet de garantie (elle offre aux titulaires

⁹⁰ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 220 ; P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 380.

des créances compensées la garantie que leurs droits seront satisfaits dans la mesure de leurs propres obligations).

Remarquons que, s'agissant d'un paiement dans l'une de ses fonctions, la compensation est interdite par l'article 1298 du Code civil belge lorsqu'elle porte atteinte à des droits acquis à des tiers, et plus particulièrement en cas de concours suivant une interprétation unanimement admise.

Il en résulte que la compensation, légale, conventionnelle ou judiciaire, ne peut plus s'opérer dès lors qu'un tiers a des droits sur une des créances en cause, soit qu'il ait pratiqué une saisie-arrêt, soit que soit intervenu un mécanisme de liquidation collective, comme la faillite ou liquidation des biens⁹¹.

La compensation aboutit effectivement par son fonctionnement à autoriser un véritable paiement à l'aide d'actif se trouvant dans le patrimoine du débiteur et conduit ainsi à une dérogation directe à l'égalité entre les créanciers⁹². C'est pourquoi cette disposition ainsi que le principe de l'égalité des créanciers sont invoquées pour justifier l'interdiction de principe de la compensation après naissance d'un concours sur le patrimoine de l'un des titulaires des créances réciproques⁹³.

Le principe en la matière est donc l'interdiction de la compensation, légale, judiciaire ou conventionnelle, après faillite. L'objectif de cette interdiction est de fixer les composantes du patrimoine du failli, et de ne plus en permettre le mouvement spontané qui s'opère au fil des opérations contractuelles.

On sait d'ailleurs que la faillite, par le dessaisissement, met fin à la fluctuation du patrimoine du failli, qui ne peut plus longtemps évoluer sans ordre, et doit, au contraire, prendre les inflexions et recevoir la destination qu'impose la loi quand les conditions de la faillite sont survenues⁹⁴.

⁹¹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 220 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 63.

⁹² V. P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 380.

⁹³ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 185.

⁹⁴ *Idem*, p. 187.

Elle est dès lors interdite parce qu'elle permettrait au créancier qui en bénéficierait d'échapper à la loi du concours⁹⁵.

La compensation joue sans réserve, a contrario, lorsque les conditions sont réunies avant la naissance du concours. Mais, étant donné qu'elle favorise ainsi un créancier par rapport à d'autres, elle sera inopérante si les parties l'ont organisée artificiellement (et ce indépendamment de l'application éventuelle des articles 17, 2°, de la loi belge sur les faillites en période suspecte) : leur précipitation injustifiée serait jugée fautive en soi⁹⁶.

Une doctrine abondante relève qu'appliquée rigoureusement, l'interdiction de toute compensation serait choquante dans nombreuses situations et heurterait parfois l'équité, en rompant l'équilibre que les parties avaient voulu établir entre leurs prestations respectives⁹⁷. C'est pourquoi une jurisprudence traditionnelle et constante a admis, dans certaines limites strictement tracées, la compensation après faillite, dont les effets affaiblissent l'égalité dans le concours.

Cette compensation éventuelle va plus loin, comme on le verra, qu'une quelconque exception d'inexécution, car il ne s'agit pas d'une suspension d'exécution mais d'une extinction réciproque de dettes qui ont entre elles un certain lien⁹⁸. Il s'agit d'un véritable mécanisme préférentiel qui réduit l'actif du failli, déroge à l'égalité entre les créanciers et soustrait donc le créancier qui en bénéficie à la loi du concours.

Ainsi, la compensation est d'abord admise après naissance du concours (notamment, en cas de faillite) chaque fois qu'existe entre les dettes réciproques une relation tellement étroite, un « lien d'interdépendance »⁹⁹ tels qu'il ne serait guère acceptable de faire obstacle à la fonction de garantie qu'elle remplit incontestablement¹⁰⁰.

⁹⁵ V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 243.

⁹⁶ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 220; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁷ V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 243 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 540 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 92.

⁹⁸ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 540.

⁹⁹ Cass., 7 décembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 440.

¹⁰⁰ V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 243 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 92 ; P. Van OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 380.

Il en est ainsi, par exemple, lorsque la créance et la dette procèdent d'un même contrat : créance d'arriérés de primes de l'assureur et dette d'indemnité suite à un sinistre¹⁰¹, créance de dommages et intérêts dus au maître de l'ouvrage et dette de prix de travaux exécutés, ...

Elle serait, en outre, reçue même en l'absence d'une stricte connexité juridique : il n'est pas nécessaire, en effet, que la créance et la dette qu'on entend compenser soient l'une et l'autre issues d'un même contrat.

La Cour de cassation belge a ainsi admis la connexité entre une créance contractuelle et une créance quasi délictuelle au motif que les deux reposaient sur la même cause¹⁰².

De même, la Cour de cassation française a admis, par ses arrêts des 2 et 4 juillet 1973¹⁰³, la compensation, après règlement judiciaire, de créances réciproques lorsque l'une d'elles est délictuelle et l'autre contractuelle¹⁰⁴.

La compensation est également admise malgré le concours lorsque la créance et la dette sont comprises dans un compte unique et indivisible : compte de tutelle, de succession, compte courant¹⁰⁵.

Quoi qu'il en soit le droit de la faillite antérieur à la loi du 15 décembre 2004 précitée manifestait une certaine hostilité envers la compensation. La transposition en droit belge de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière y met actuellement fin en octroyant, comme on le verra ci-dessous, une protection accrue à certains créanciers contre l'insolvabilité¹⁰⁶.

¹⁰¹ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1997, p. 371.

¹⁰² Cass., 25 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1015 ; *R.D.C.*, 1989, p. 771.

¹⁰³ *Rec. Dall.*, 1974, J., pp. 42 et s., note GHESTIN, cité par M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *Droit des sûretés*, CUP, Vol. XX, Novembre 1997, p. 54.

¹⁰⁴ Voir M. GREGOIRE, « Développements récents en matière de sûretés réelles », *ibid.*, p. 54, qui relève, en outre, les observations suivantes du commentateur de ces arrêts : « *La compensation renforcée des dettes connexes n'exige donc pas que les créances réciproques soient nées de l'exécution, soit normale soit défectueuse ou tardive, ou de l'inexécution d'un même contrat. Il n'est même pas nécessaire que les deux dettes soient contractuelles. La connexité est encore admise lorsque l'une des dettes est délictuelle. Il suffit pour cela que l'exécution du contrat ait été la condition nécessaire des faits délictueux d'où est née la créance de dommages-intérêts* ».

¹⁰⁵ V. cass., 28 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 795 ; *R.D.C.*, 1985, p. 377 ; *R.W.*, 1985-1986, col. 997 et obs. E DIRIX ; *R.C.J.B.*, 1987, p. 571 et ét. A. MEINERTZAGHEN-LIMPENS ; *R.P.S.*, 1985, p. 243 ; *J.T.*, 1986, p. 578 et obs. Fr. T'KINT ; P. COPPENS et Fr. T'KINT, *R.C.J.B.*, « Examen », *ibid.*, 1997, p. 905.

¹⁰⁶ V. I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *loc. cit.*, pp. 312-313.

3°. Effets de la compensation

La compensation est valable entre parties dès la réunion des conditions qui la provoquent et est, sans formalité particulière, opposable aux tiers. La créance compensée disparaît entre parties et au même instant, cesse d'exister pour les tiers, qui en trouvent appauvri le patrimoine de son titulaire¹⁰⁷.

Son effet ne peut, dans ce cas, qu'affaiblir l'égalité dans le concours : elle confère, en effet, au créancier en état de s'en prévaloir une préférence par rapport aux autres puisqu'il ne devra pas payer sa propre dette et participer, pour sa créance, à la loi du concours¹⁰⁸.

Elle conduit, en outre, à l'aggravation du sort des créanciers chirographaires en réduisant l'actif du débiteur leur destiné, dans la mesure où elle permet aux créanciers qui en bénéficient d'être intégralement payés à concurrence de leurs propres dettes¹⁰⁹.

C'est donc pour toutes ces raisons qu'elle était, avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 décembre 2004 précitée, en principe écartée (le créancier devant payer alors au curateur tout ce qu'il devait au failli et se contentant, pour son dû, du dividende de liquidation) et admise dans certains cas, de manière exceptionnelle, après naissance du concours.

B. Le droit de rétention

1°. Définition et portée

Plusieurs auteurs donnent une définition de cette notion¹¹⁰. Nous retiendrons, pour notre étude, la définition ci-après, qui fait ressortir les éléments constitutifs du droit de rétention¹¹¹ : le droit de rétention est le droit reconnu au créancier de différer, jusqu'au paiement de sa créance, la restitution d'un bien, qui est la propriété du débiteur et qu'il détient, dans la mesure où il existe un lien de connexité entre le bien ou sa détention et la créance.

¹⁰⁷ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰⁸ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 221.

¹⁰⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁰ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, p. 452 ; M. GREGOIRE, *ibid.*, p. 154 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 8 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 63.

¹¹¹ Dans ce sens, Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 95 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 536.

Le droit de rétention apparaît ainsi comme un moyen de pression sur la volonté du débiteur qui l'incite à l'exécution¹¹².

Il est consacré par le législateur dans des textes épars, que ce soit en matière contractuelle ou extracontractuelle. A titre d'exemples, les articles 1612 et 1613 du Code civil belge prévoient que le vendeur n'est pas tenu de délivrer le bien vendu tant que le prix n'est pas payé. L'article 1948 du Code civil belge autorise, pour sa part, le dépositaire à refuser la remise du bien déposé jusqu'à règlement de ce qui lui est dû. L'article 867 du Code civil belge reconnaît, quant à lui, à l'héritier tenu au rapport d'un immeuble le droit d'en retenir la possession jusqu'à remboursement des impenses.

On s'est demandé, au regard de ces textes légaux épars, s'il fallait limiter le droit de rétention aux seuls cas expressément visés par la loi ou y voir une institution de portée tout à fait générale.

La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en faveur de cette dernière solution¹¹³ au motif que le droit de rétention est l'expression d'un principe général dont le législateur n'a fait application qu'à titre d'exemple.

2°. Conditions

On admet que la créance justifiant la rétention doit être certaine et exigible. Le créancier doit, en outre, être de bonne foi et exercer sur la chose une détention légitime.

Le droit de rétention ne peut exister que si le créancier détient un bien corporel (meuble ou immeuble) aliénable et saisissable. Il s'exerce sur une chose certaine : il ne peut être question d'un droit de rétention sur une chose fongible ou sur une somme d'argent.

Il faut par ailleurs un lien de connexité entre la créance et la détention ou entre la créance et les biens (soit une connexité juridique ou subjective, soit une connexité matérielle ou objective).

¹¹² Nous avons déjà indiqué qu'en droit uniforme, en revanche, il constitue une sûreté mobilière d'application générale, parfaite et achevée pouvant garantir toute créance certaine, liquide et exigible.

¹¹³ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 157 et références citées ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 95.

Si la connexité matérielle suppose, en effet, que la créance est née à l'occasion du bien détenu, c'est-à-dire dire lorsqu'il existe un rapport concret, matériel entre la créance et le bien, la connexité juridique ou idéelle, quant à elle, requière que la détention du bien retenu et la créance se rattachent à une même convention¹¹⁴.

3°. Opposabilité et effets du droit de rétention

Depuis l'arrêt prononcé par la Cour de cassation belge le 7 novembre 1935¹¹⁵, doctrine et jurisprudence se prononcent résolument en faveur de l'opposabilité du droit de rétention aux créanciers chirographaires et dès lors à la masse en cas de faillite du débiteur¹¹⁶.

On a ainsi considéré que le droit de rétention intéresse les sûretés commerciales à ce titre, mais aussi parce que cette faculté ainsi rendue opposable à la masse, place le rétenteur dans une position de force, qui aboutit à ce qu'on a appelé tantôt une garantie rudimentaire, tantôt un simple droit de priorité, tantôt un véritable privilège, tantôt même une super garantie de type inachevé, vivement critiqué d'ailleurs de ce point de vue¹¹⁷.

Certains auteurs ont même affirmé que même si le rétenteur ne bénéficie en principe d'aucun droit de prélever sur le produit de réalisation du bien retenu la somme correspondant au montant de sa créance, le droit de rétention, opposable à la masse des créanciers du failli en raison de la connexité sur laquelle il repose, change néanmoins fondamentalement de nature en cas de faillite : de moyen de pression tendant à provoquer l'exécution de la créance du rétenteur, le droit de rétention devient nécessairement une véritable sûreté, d'origine prétorienne¹¹⁸.

Le moins que l'on puisse dire, au regard de ce qui précède, est que le droit de rétention a sans doute pour effet de soustraire un bien du patrimoine du débiteur, au profit du créancier rétenteur. Il crée ainsi un « effet de sûreté » particulièrement efficace car il suffit au créancier de s'opposer à toute délivrance de la chose tant que le paiement n'est pas effectué. Cette

¹¹⁴ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 96-97 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, pp. 65 et s. ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 537.

¹¹⁵ Cass., 7 novembre 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 43 et conclusions du Procureur général Leclercq.

¹¹⁶ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 161 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 9 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 97 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 69.

¹¹⁷ V. A. M. STRANART, *ibid.*, p. 9 et références citées.

¹¹⁸ V. M. GREGOIRE, *ibid.*, pp. 167-168 et références citées. Le droit uniforme a déjà, pour rappel, tranché la question en inscrivant le droit de rétention parmi les sûretés mobilières.

pression sera le plus souvent couronnée de succès surtout lorsque le bien retenu est d'une valeur supérieure à la créance¹¹⁹.

Il en résulte que le droit de rétention aboutit, dans son exécution, à la réduction du patrimoine du débiteur au détriment des autres créanciers, notamment les créanciers chirographaires, et à la soustraction du créancier rétenteur à la loi du concours. Il affaiblit pour cela l'égalité dans ce dernier. C'est pourquoi d'ailleurs le curateur, en cas de faillite, guidé par l'intérêt de la masse, déboursa logiquement le montant nécessaire à l'apurement de la dette pour récupérer un bien dont la réalisation lui rapportera davantage.

Il demeure cependant que ce système est incohérent, car il admet l'opposabilité aux tiers du droit de rétention, en cas de concours, mais refuse au rétenteur de dénouer la situation à son profit par la vente de la chose retenue¹²⁰.

On sait, en effet, qu'en cas de refus par le curateur de désintéresser le créancier rétenteur, la situation peut rapidement se compliquer, car celui-ci n'est titulaire, du fait de la rétention, d'aucun droit de préférence sur la chose. Le droit de rétention ne constitue, on l'a dit, qu'un moyen de pression : il ne crée aucun privilège. Cette impasse est, pour tout dire, complète et ne saurait se régler que par la négociation avec le curateur¹²¹.

On notera également que si le droit de rétention peut être opposé aux créanciers chirographaires et aux créanciers privilégiés généraux et affaiblir partant l'égalité dans le concours, il n'en est pas forcément ainsi en ce qui concerne notamment les créanciers hypothécaires, ainsi qu'il résulte de l'arrêt¹²² de principe rendu par la Cour de cassation le 16 juin 1996¹²³.

C'est qu'en effet, les conflits entre le rétenteur et les créanciers gagistes, hypothécaires et privilégiés spéciaux doivent être considérés comme des conflits ayant trait à des droits avec portée réelle ; ils doivent être résolus selon la règle de l'antériorité, la préférence étant donnée

¹¹⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 97 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 70.

¹²⁰ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 98.

¹²¹ *Idem*, p. 98.

¹²² Cass., 16 juin 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 217. Il résulte de cet arrêt que le droit n'est pas opposable au créancier hypothécaire si le droit de rétention était antérieur à l'inscription de l'hypothèque.

¹²³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 539.

suyvant la date de naissance des droits respectifs (sous réserve de l'application de l'article 2279 du Code civil belge)¹²⁴.

C. L'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution est le droit reconnu à une partie de différer l'exécution de sa propre prestation, lorsqu'elle n'obtient pas l'exécution de la prestation que lui doit l'autre partie¹²⁵. Elle confère donc, dans tout contrat synallagmatique, au créancier le droit de ne pas exécuter sa propre prestation tant que le cocontractant n'exécute pas la sienne, pour autant qu'il ne se soit pas engagé à exécuter préalablement et que l'exception soit invoquée de bonne foi¹²⁶.

Son effet n'est autre que l'arrêt momentané du jeu normal du contrat, en raison de la carence d'une partie, justifiant la suspension d'exécution chez l'autre¹²⁷. Elle conduit ainsi à avantager le créancier *excipiens*, qui peut refuser l'exécution de sa propre prestation contractuelle et réduire ainsi les effets de la défaillance de son partenaire.

Son opposabilité aux autres créanciers du contractant fautif, malgré le concours, est admise depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1935 précité à propos du droit de rétention.

N'étant consacrée par aucun texte légal, elle constitue une création doctrinale et jurisprudentielle, qui repose sur l'usage et l'équité.

L'atteinte à l'égalité des créanciers dont elle est à l'origine est particulièrement importante lorsque la prestation refusée est la délivrance d'un bien, notamment lorsque le vendeur impayé s'oppose à la livraison de la chose¹²⁸. Le bien ainsi retenu par le créancier *excipiens* est ainsi soustrait au patrimoine de son cocontractant et échappe à ses autres créanciers. Dans ce cas, elle se confond avec le droit de rétention.

¹²⁴ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 539.

¹²⁵ V. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, p. 710.

¹²⁶ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 224.

¹²⁷ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 174.

¹²⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 100.

Tout ceci montre finalement que la faillite d'un débiteur constituera souvent un lieu d'affrontement de ces diverses et multiples techniques aboutissant toutes à l'affaiblissement de la règle de l'égalité dans le concours et à l'aggravation consécutive du sort des créanciers chirographaires.

§3. La situation en droit uniforme

On peut distinguer, en droit uniforme, deux catégories de créanciers bénéficiaires de mécanismes préférentiels.

La première catégorie est composée, en effet, comme on peut le constater, des créanciers qui peuvent se prévaloir de la propriété d'un bien qui apparemment appartient au débiteur comme le loueur de meubles, en ce compris le bailleur – vendeur ou le crédit – bailleur, le titulaire d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, le vendeur de meubles, qui n'est pas encore dessaisi des biens ou dont les marchandises ne sont pas encore dans les magasins du débiteur ainsi que le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété¹²⁹.

Si les conditions légales sont réunies, notamment la production imposée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, aux termes de son article 78, alinéa 3, aux bénéficiaires d'un droit de revendication ou « revendiquants », ces créanciers vont récupérer leurs biens en exerçant l'action en revendication, le cas échéant, et éviter ainsi de subir la loi du concours qui caractérise les procédures collectives¹³⁰.

D'ailleurs cet article prévoit expressément qu'à défaut pour ces créanciers de préciser s'ils entendent exercer leur droit de revendication, ils sont considérés comme créanciers chirographaires, et donc dans la masse.

L'article 104 de l'Acte uniforme précité prévoit aussi, en faveur du créancier, que les marchandises et objets mobiliers qui ne sont pas délivrés ou expédiés au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte peuvent être retenus par le vendeur.

¹²⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 258-259.

¹³⁰ *Idem*, p. 259.

Il s'agit là d'une disposition classique, qui était déjà prévue par le Code de commerce (article 577) en ces termes : « *Pourront être retenues par le vendeur, les marchandises par lui vendues, qui ne seront pas livrées au failli, ou qui n'auront pas encore été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour son compte* ». Ceci constitue, on s'en doute, une faveur par rapport aux principes du Code civil, dispensant le vendeur de délivrer des marchandises dont le paiement du prix posera certainement problème¹³¹.

Quant à la seconde catégorie, elle regroupe les créanciers qui agissent, non pas contre le débiteur – en principe de telles actions sont suspendues – mais contre un tiers.

Hormis les cas cautions ou coobligés, on peut citer notamment¹³² :

- l'action exercée contre une compagnie d'assurance si le débiteur a causé un préjudice couvert par une assurance avant le jugement d'ouverture. Si les conditions de mise en jeu de l'assurance sont réunies, la victime pourra être totalement indemnisée par la compagnie d'assurance et n'aura pas, de ce fait, besoin de participer à la procédure collective. Cette action directe avantage incontestablement son titulaire – la victime – au détriment des autres créanciers de l'auteur responsable et constitue donc une atteinte au principe de l'égalité. A défaut, constate-t-on, en cas de faillite ou de liquidation des biens par exemple, l'indemnité d'assurance reviendrait inévitablement à l'ensemble des créanciers de l'auteur responsable qui feraient ainsi profit de cet accroissement du patrimoine de leur débiteur au détriment de la victime, laquelle se trouverait contrainte de participer à la distribution chirographaire¹³³. D'ailleurs cette solution heurterait l'équité, car l'action directe conduit au contraire à réserver à la victime une indemnité dont son préjudice propre est à l'origine et qui lui est normalement destinée¹³⁴.
- L'exercice d'une action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage si ce dernier doit à l'entrepreneur principal¹³⁵.

¹³¹ V. M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, p. 896.

¹³² V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 259.

¹³³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 102.

¹³⁴ *Idem*, p. 102.

¹³⁵ Cette action est également prévue en droit belge par l'article 1798 du Code civil, modifié par la loi du 19 février 1990, qui reconnaît aux ouvriers et sous – traitants de l'entrepreneur le droit d'agir en paiement de leur rémunération contre le maître de l'ouvrage à concurrence de la dette de celui-ci envers l'entrepreneur. La jurisprudence admet par ailleurs son intentement après la faillite du débiteur ou la naissance de toute autre situation de concours (Liège, 31 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1240 ; Liège, 25 juin 1998, *R.P.S.*, n° 6751, p. 289 et obs.).

- La mise en œuvre de la procédure simplifiée de recouvrement des créances d'aliments prévue par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (articles 213 à 217). Cette procédure permet aux créanciers d'aliments, en vertu d'un titre exécutoire et suivant une voie rapide, d'obtenir que le tiers saisi leur verse directement contre quittance le montant de sa créance alimentaire¹³⁶.

On doit néanmoins régler, en rapport avec ces situations, la question de savoir si le créancier doit produire avant de reprendre l'exercice de son action si elle était déjà engagée avant le jugement d'ouverture ou avant d'introduire son action si celle-ci doit être engagée après le jugement d'ouverture.

On se référera, pour la solution, d'abord à l'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif relatif à la suspension des poursuites individuelles, qui ne vise en aucun cas les actions diligentées contre des tiers; ensuite à l'article 78 du même Acte uniforme relatif aux créanciers astreints à la production, qui ne vise que les créanciers, c'est-à-dire ceux qui entendent obtenir un paiement dans la procédure, et les « revendiquants », laissant ainsi sous-entendre que ceux qui ne comptent pas se faire payer dans le cadre de la procédure ou dont l'action ne s'analyse pas comme étant une action en revendication ne sont pas soumis à l'obligation de production préalable¹³⁷.

Au terme de cette étude sur les mécanismes préférentiels ayant pour conséquence de soustraire les créanciers qui en bénéficient à la loi du concours et d'aggraver par conséquent le sort des créanciers chirographaires, on peut observer que la connexité entre des prestations réciproques est à la base d'institutions proches qui ont en commun de soustraire certains biens du patrimoine du débiteur au détriment de certains créanciers et de déroger à la règle de l'égalité entre les créanciers en concours.

On ne peut manquer de mentionner, en attendant nos amples développements y relatifs, que nombre d'autres institutions du droit des obligations aboutissent aux mêmes conséquences par

¹³⁶ Lire à ce sujet, A.-M. ASSI-ESSO, « Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », *loc. cit.*, p. 767.

¹³⁷ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 259.

le seul fait de leur fonctionnement : l'action en résolution et la clause résolutoire d'un contrat synallagmatique, la clause de réserve de propriété, l'action directe, ...

Les effets découlant de ces actions sont semblables, pour leurs bénéficiaires, à ceux d'un privilège, mais l'on ne saurait assimiler toutes ces actions telles quelles à des sûretés réelles dans la mesure où leur technique est propre (la préférence qu'elles procurent à leur bénéficiaire est indirecte) et l'intention du législateur n'est pas exclusivement – ni dans tous les cas – d'assurer au bénéficiaire une préférence sur les autres créanciers mais de faciliter le recouvrement de son dû¹³⁸.

Après avoir montré que les mécanismes préférentiels ainsi que les dettes de la masse affaiblissent sensiblement, lorsqu'ils sont admis, l'égalité dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens grâce à la préférence leur reconnue sur les autres créanciers du débiteur défaillant, il sied maintenant d'examiner l'impact des causes de préférence – les privilèges et les hypothèques – sur l'égalité des créanciers dans le concours.

¹³⁸ Dans ce sens, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 102-103.

Chapitre II. L'EGALITE DANS LE CONCOURS COMME PRINCIPE AFFAIBLI PAR LES CAUSES LEGITIMES DE PREFERENCE

Nous avons déjà mentionné que les articles 8 de la loi hypothécaire belge et 2093 du Code civil français¹³⁹ consacrent 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.

Ces dispositions ont, en effet, pour conséquence de soustraire, à leur tour, les bénéficiaires de ces dernières – c'est-à-dire les créanciers privilégiés et hypothécaires – à l'égalité dans tout concours découlant ou non de la faillite ou liquidation des biens.

De manière générale et dans une certaine mesure, on verra cependant que les créanciers munis de sûretés ayant pour assiette un bien déterminé du patrimoine du débiteur, que ce soit un meuble (droit de rétention, gage, nantissement sans dépossession, privilèges spéciaux sur meubles) ou un immeuble (hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires et privilèges spéciaux sur immeubles)¹⁴⁰, échappent à l'égalité dans le concours en cas de faillite ou liquidation des biens.

Nous voulons examiner à présent, pour s'en rendre compte, les conséquences des sûretés réelles spéciales sur l'égalité dans le concours. Cela commande d'exposer d'abord brièvement les lignes de force des sûretés réelles spéciales (section I) avant d'examiner les règles régissant certaines sûretés réelles spéciales (section II).

Section I. Notions générales

La sûreté, synonyme de « sécurité » dans le langage courant, est purement et simplement, en droit, un mécanisme qui confère au créancier une garantie contre le risque d'insolvabilité de son débiteur¹⁴¹.

¹³⁹ Cette disposition du Code civil français est consacrée par la législation nationale de chaque Etat membre de l'OHADA.

¹⁴⁰ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 253.

¹⁴¹ J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Paris, Dalloz, 2002, p. 5.

Elle constitue ainsi un atout pour le créancier qui en bénéficie par rapport au créancier chirographaire, qui n'en dispose pas. Comme le soulignent certains auteurs, « les sûretés ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité »¹⁴². Leur finalité est donc de renforcer les chances du créancier d'être payé.

En effet, le créancier peut ajouter à sa qualité de créancier chirographaire une sûreté dans le but de se prémunir contre l'insolvabilité future du débiteur de deux manières : soit en obtenant contre un autre débiteur un droit personnel, un droit de gage général sur un autre patrimoine que celui de son débiteur ; soit en se faisant donner, sur le patrimoine de son débiteur, une priorité¹⁴³.

Les sûretés qui seront examinées ici rentrent dans cette deuxième catégorie. Les techniques utilisées étant diverses, nous n'aborderons ici que les sûretés les plus fréquentes dans les procédures collectives sous examen et qui posent souvent problème au moment de la réalisation du patrimoine du débiteur et de la répartition du prix aux créanciers.

Pour la clarté de l'exposé et afin de mieux ressortir l'avantage évident des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les créanciers chirographaires, nous allons commencer par éclaircir la notion de sûreté réelle (§1) avant de commenter certaines règles qui s'appliquent, de manière générale, aux sûretés réelles spéciales en cas de faillite ou liquidation des biens (§2).

§1. Notions sur les sûretés réelles

Nous énonçons ici les règles et principes fondamentaux qui gouvernent les sûretés réelles en général afin de mettre en évidence la situation avantageuse des créanciers qui en bénéficient par rapport à celle des créanciers chirographaires et montrer ainsi en quoi elles dérogent à l'égalité dans le concours.

L'on peut d'emblée noter que les sûretés réelles grèvent un ou plusieurs biens du débiteur et confèrent à leur titulaire priorité sur le prix de réalisation du ou des biens qui en sont l'assiette, lesquels se trouvent ainsi affectés, par préférence, au règlement de la dette. Leur

¹⁴² M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 13.

impact sur la situation des créanciers chirographaires, qui nous intéresse dans cette étude, réside dans le fait que les biens grevés sont soustraits à la règle du concours et, à concurrence de la créance du titulaire de la sûreté, échappent à l’emprise des créanciers chirographaires.

A. Définition de la sûreté réelle

Tous les auteurs recherchent en vain, en droit belge comme en droit français, la définition légale de la sûreté. Ils sont unanimes sur le fait que ni le code civil, ni le code de commerce ne définissent ce concept¹⁴⁴.

Ils observent, en effet, que les divers textes légaux y relatifs se limitent à décrire de manière sporadique le régime de telles ou telles sûretés lesquelles sont, de surcroît, rattachées à des corps législatifs distincts ou à des institutions différentes, sans théorie d’ensemble¹⁴⁵.

L’Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés innove, à cet égard, en définissant les sûretés comme « *les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l’exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci* » (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l’Acte uniforme précité).

Il s’agit là d’une définition classique des sûretés légales ou conventionnelles, qui présente l’avantage d’indiquer que l’Acte uniforme susmentionné s’applique aussi bien aux sûretés civiles qu’aux sûretés commerciales « *quelle que soit la nature juridique de celles-ci* », si bien que pour les sûretés traitées par l’Acte uniforme, il est dorénavant inutile de distinguer leur caractère commercial ou civil en fonction de l’obligation de garantie¹⁴⁶.

Devant cette carence législative accompagnée par l’absence d’une définition jurisprudentielle de cette notion, la doctrine belge a proposé des définitions, qui explicitent et complètent celle que nous venons de présenter.

¹⁴⁴ V. A. BRUYNEEL, « L’évolution du droit des sûretés : constatations et questions », *Les sûretés*, Feduci, 1984, p. 14 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, pp. 2 et 501 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 81 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 81 ; A. M. STRANART, *ibid.*, p. 1.

¹⁴⁶ J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 624.

Nous retiendrons la définition qui suit, dans la mesure où elle s'attache uniquement aux mécanismes unanimement qualifiés de « sûretés » : la sûreté est un mécanisme, créé et reconnu pour tel, qui a pour but et pour effet de fournir à un créancier donné une plus grande chance d'obtenir effectivement le paiement d'une dette¹⁴⁷.

Elle est, à son tour, explicitée par celle présentée par Mme STRANART, qui considère la sûreté comme une institution juridique qui a tantôt pour but et pour effet, tantôt pour effet seulement, de fournir à un créancier donné la garantie du paiement d'une créance, soit dans le patrimoine du débiteur, sur un ou plusieurs biens de celui-ci de préférence à un ou plusieurs créanciers, soit dans le patrimoine d'un tiers, qui est tenu '*propter rem*' ou qui s'engage personnellement à payer la dette du débiteur, à titre subsidiaire ou principal, selon le cas, ou qui s'engage à exécuter une dette propre dont le paiement éteindra celle du débiteur en tout ou en partie, sans contribution à la dette¹⁴⁸.

Cette définition présente l'avantage d'élever au rang de sûretés les institutions qui ne sont pas créées et reconnues comme telles et qui n'ont pas pour but, mais seulement pour effet de procurer la garantie d'exécution.

Elle a, en outre, le mérite de réunir autour d'un même noyau les sûretés trouvées dans le patrimoine du débiteur, et celles procurées par le patrimoine d'un tiers¹⁴⁹. Cette distinction est fondamentale et rejoint aisément nos préoccupations ici, car c'est seulement pour les premières que se pose le crucial problème de leur rencontre avec le principe d'égalité et le droit commun de la liquidation collective, les secondes n'atteignant pas, on s'en doute, le gage commun des créanciers.

Vu sous cet angle, la sûreté réelle, qui n'est pas non plus définie par le législateur¹⁵⁰, peut être définie alors comme un droit reconnu au créancier, accessoirement à sa créance dont il garantit le paiement, qui grève un ou plusieurs biens déterminés (ou un ensemble de biens) du débiteur¹⁵¹.

¹⁴⁷ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 81.

¹⁴⁸ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 4 ; A. M. STRANART, « Rapport de synthèse », *Les sûretés*, Feduci, 1984, pp. 566-567.

¹⁴⁹ V. A. M. STRANART, *ibid.*, pp. 4-5.

¹⁵⁰ V. J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 105.

¹⁵¹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 107.

Elle suppose donc par essence l'affectation de biens d'un patrimoine au paiement préférentiel d'une créance. La finalité des sûretés réelles n'est dès lors autre que d'assurer à un créancier un paiement préférentiel par rapport aux autres créanciers du débiteur¹⁵². C'est cela qui fait dire d'ailleurs à certains auteurs que « les sûretés réelles ne sont guère que des anticorps formés en réaction contre la loi du concours »¹⁵³.

Pour bien cerner le contenu des sûretés réelles, nous allons en préciser ci-dessous les traits caractéristiques.

B. Traits caractéristiques des sûretés réelles

1°. Droit réel accessoire

Nous venons de voir que les sûretés réelles améliorent sensiblement la situation du créancier par l'affectation qui lui est faite d'un bien ou d'un ensemble de biens appartenant au débiteur ; le créancier bénéficie ainsi d'un droit particulier sur les éléments de l'actif de son débiteur, qui sera souvent qualifié de droit réel accessoire¹⁵⁴.

Nous voulons dire ici que la sûreté réelle est un accessoire de la créance qui confère au créancier le droit au paiement préférentiel sur la valeur d'un bien ou d'un ensemble de biens qui lui est affectée¹⁵⁵.

Les sûretés réelles sont, on s'en doute, des droits réels, car ils ne portent directement que sur des biens appartenant au débiteur ; ces droits réels ne sont qu'accessoires dans la mesure où, contrairement aux droits réels principaux (propriété, l'usufruit, emphytéose, droit de superficie, ...), elles ne confèrent à leur titulaire aucune des utilités économiques de la chose (jouissance, usage,...).

Le droit réel est vidé de sa substance matérielle ; il n'en reste que les attributs juridiques – droits de préférence et parfois de suite – offerts au créancier afin de garantir son droit.

¹⁵² J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 105.

¹⁵³ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, p. 503.

¹⁵⁴ Dans ce sens, J.-B. SEUBE, *ibid.*, p. 106.

¹⁵⁵ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *ibid.*, p. 505.

Ainsi, contrairement aux droits réels autonomes, les sûretés réelles n'existent que par la créance à la quelle elles sont attachées au point qu'elles disparaissent et se transmettent en même temps que le droit qu'elles servent¹⁵⁶.

Ce caractère accessoire de la sûreté réelle suscite des interrogations en ce qui concerne la sûreté conventionnelle consentie en garantie d'une dette future¹⁵⁷ : l'on se demande ainsi comment admettre la validité de l'accessoire (la sûreté) quand le principal (la créance garantie) n'existe pas et n'existera peut-être jamais.

En effet, en droit uniforme, la doctrine, répondant à la question de savoir si l'hypothèque peut garantir une créance future, donne une solution nuancée et quasi hésitante. L'on note, à cet égard, qu'« en principe, il n'est pas admis que le propriétaire d'un immeuble puisse constituer une hypothèque sur son bien pour garantir une créance future. Cependant, si la créance existe en germe ou est virtuelle, c'est-à-dire si elle existe mais est affectée d'une modalité ou, mieux encore, demeure éventuelle, une hypothèque peut être constituée pour la garantir »¹⁵⁸.

Sans trop entrer dans les détails, notons que la Cour de cassation belge a admis la validité du gage sur fonds de commerce en garantie de toute dette future dont le débiteur pourrait devenir redevable au créancier, dans un arrêt du 28 mars 1974¹⁵⁹ prononcé, on vient de le mentionner, dans le cas d'un gage sur fonds de commerce.

L'enseignement de cet arrêt peut, estime-t-on à juste titre, être transposé à toutes les sûretés conventionnelles, réelles ou personnelles¹⁶⁰.

L'intervention du législateur belge concernant l'hypothèque conventionnelle est sans équivoque sur la question. En effet, « *l'hypothèque peut être constituée pour sûreté de créances futures* », en vertu de l'article 51 bis inséré par la loi du 13 avril 1995 dans la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

¹⁵⁶ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 145.

¹⁵⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁸ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *OHADA. Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 184.

¹⁵⁹ *Pas.*, 1974, I, p. 776.

¹⁶⁰ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 108.

La sûreté consentie en garantie d'une dette future, même éventuelle, est donc incontestablement valable sous la réserve que cette dette soit suffisamment précisée, comme le prévoit l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil belge. C'est d'ailleurs à juste titre qu'on relève que le principe de l'accessoire, appliqué aux sûretés, n'exige pas la concomitance de la constitution de la sûreté et de la naissance de la dette ; la sûreté ne garantit pas l'existence de la créance, mais son paiement¹⁶¹.

2°. Droit de préférence

On sait que, comme pour les autres droits réels, un droit de préférence est toujours attaché aux sûretés réelles. Le fait qu'on reconnaisse un droit de préférence au créancier muni d'une sûreté réelle implique, on l'a dit, qu'il se fera payer avant tout autre créancier chirographaire sur le prix du bien qui lui est affecté en sûreté. Tel est le but essentiel de la sûreté réelle qui permet d'échapper au concours avec notamment les créanciers chirographaires¹⁶².

Remarquons cependant que l'hypothèse de plusieurs sûretés réelles portant sur un même bien obligera à recourir à des procédures de classement. Ici intervient alors un choix de politique législative dont le droit des sûretés réelles est dépendant afin de savoir quel créancier mérite d'être payé en priorité¹⁶³.

3°. Droit de suite

L'efficacité du droit de préférence est incontestable si le bien, assiette de sûreté réelle, demeure dans le patrimoine du débiteur. C'est pourquoi il advient de renforcer et compléter ce droit de préférence par un droit de suite qui permet au créancier de se faire payer sur la chose grevée même si elle sort du patrimoine du débiteur. Dès ce moment, la sûreté réelle prend la forme d'un droit réel de garantie, accessoire de la créance. Grevant le bien, la sûreté suit ce dernier en quelques mains qu'il passe¹⁶⁴.

¹⁶¹ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 109.

¹⁶² Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 145.

¹⁶³ J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *ibid.*, p. 146 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 111 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 57.

Il va de soi que la reconnaissance d'un tel droit expose les tiers, qui acquièrent un bien en ignorant qu'il est le siège d'une sûreté réelle, à un grand danger, qui ne peut être surmonté que par l'organisation d'un système efficace de publicité¹⁶⁵.

Mais les conflits sont, malgré tout, possible : d'une part, plusieurs droits de préférence peuvent s'exercer sur la même chose lorsqu'elle est grevée de plusieurs sûretés réelles et, de l'autre, le droit de préférence et le droit de suite peuvent susciter un conflit entre le créancier bénéficiaire et un tiers (autre créancier titulaire d'un droit de préférence ou saisissant, acquéreur de la chose, ...).

Diverses solutions sont apportées à ces conflits par le législateur et la jurisprudence, qui appliquent soit la règle selon laquelle les privilèges priment les hypothèques¹⁶⁶ ; soit la règle selon laquelle entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges¹⁶⁷ ; soit la règle de l'antériorité pour les sûretés soumis à publicité.¹⁶⁸

Remarquons, enfin, que la théorie de la subrogation réelle portée par l'article 10 de la loi hypothécaire belge permet au créancier de reporter ses droits sur la somme ou l'indemnité représentative de la chose, telle notamment une indemnité versée par une compagnie d'assurances¹⁶⁹.

Il apparaît de ce qui précède que les sûretés réelles sont celles qui s'établissent dans le patrimoine du débiteur. Elles portent sur l'un des biens, ou sur une masse de biens qui composent le patrimoine, et se réalisent par l'affectation de ce bien à la satisfaction de la créance qu'elles garantissent¹⁷⁰.

Comme on l'a vu, c'est cette affectation qui a pour effet de déroger en faveur de son titulaire à la règle de l'égalité des créanciers en concours et de créer à son avantage un droit ou une cause légitime de préférence¹⁷¹. Elle permet, en outre, de distinguer les sûretés réelles de

¹⁶⁵ Dans ce sens, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁶ Elle est prévue, par exemple, en droit belge, par l'article 12 de la loi hypothécaire (voir, pour ses applications, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 341 et s.).

¹⁶⁷ Elle est énoncée, en droit belge, par l'article 13 de la loi hypothécaire.

¹⁶⁸ L'article 81 de la loi hypothécaire belge l'applique en cas de concours entre hypothèques conventionnelles.

¹⁶⁹ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, pp. 146-147 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 112-113 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 58.

¹⁷⁰ V. H. DE PAGE, *op. cit.*, t.VI, n° 763, p. 709.

¹⁷¹ *Idem*, p. 709 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 57.

sûretés personnelles qui ne dérogent pas, *sensu stricto*, à la loi du concours, mais confèrent au créancier le bénéfice d'un patrimoine de substitution sur lequel il pourra, si besoin est, saisir les biens de celui qui a accepté de garantir la dette de son débiteur¹⁷².

§2. Règles applicables aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales en cas de faillite ou liquidation des biens

Les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales ne sont pas à l'abri des règles de la discipline collective en dépit de leurs sûretés. L'on sait que leur objectif primordial est d'« égaliser » dans une certaine mesure la condition juridique des créanciers et de contrôler la fiabilité des droits dont les créanciers se prétendent titulaires¹⁷³.

Ainsi qu'il a été dit, leurs droits de poursuite individuelle sont suspendus en cas de faillite ou liquidation des biens, comme c'est le cas d'ailleurs pour les autres créanciers.

Mais cette suspension du droit de poursuite n'est de rigueur, en droit uniforme en cas de liquidation des biens, que jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement qui prononce la liquidation des biens et ce, afin de permettre au syndic de réaliser efficacement et rapidement l'actif mobilier et immobilier.

Ainsi, passé ce délai de trois mois, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, les créanciers gagistes, nantis ou hypothécaires peuvent exercer ou reprendre l'exercice de leurs droits de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic, conformément aux prescrits des articles 149 et 150 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Il en résulte que l'Acte uniforme concilie le souci de permettre au syndic de réaliser l'ensemble de l'actif dans les meilleures conditions sans livrer les créanciers titulaires de telles sûretés à l'inertie ou à l'attentisme prolongé du syndic¹⁷⁴.

¹⁷² V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 57 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 83.

¹⁷³ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 253.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 254.

Le droit belge ne comporte pas cependant pareille limitation du droit des curateurs, qui sont seuls admis à réaliser la vente des immeubles du failli au regard de l'article 100 de la loi belge sur les faillites à condition qu'il n'y ait pas de poursuites en expropriation des immeubles commencées avant le prononcé du jugement déclaratif de faillite.

En d'autres termes, si des poursuites en expropriation ont été commencées et si la transcription hypothécaire de la saisie immobilière a eu lieu avant le jugement déclaratif, le créancier qui en a pris l'initiative peut poursuivre la vente. Dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'y a pas eu de poursuites en expropriation des immeubles commencées ou si la transcription hypothécaire de la saisie immobilière n'a pas eu lieu avant le jugement déclaratif, le seul créancier à pouvoir faire vendre l'immeuble est le créancier premier inscrit, mais il doit attendre la clôture du procès-verbal de vérification des créances¹⁷⁵.

Les alinéas 2 et 4 de l'article 100 susmentionné précisent, en outre, que les curateurs peuvent toujours faire arrêter la vente à l'initiative d'un créancier ou si l'intérêt de la masse l'exige, et ce afin de procéder eux-mêmes à la vente en vue d'une réalisation plus avantageuse ou pour éviter une réalisation trop rapide¹⁷⁶.

Le droit belge prévoit néanmoins, sans indication de délai, qu'à défaut d'initiative du premier inscrit ou des curateurs, tout créancier hypothécaire peut demander au juge-commissaire d'ordonner la vente, et elle intervient alors selon les mêmes dispositions.

En ce qui concerne les sûretés spéciales mobilières, en l'occurrence le gage et le droit de rétention, qui semblent être celles qui confèrent le plus de garanties quant au paiement ponctuel, le créancier peut retenir la chose tant qu'il n'est pas payé et diligenter la vente forcée.

Ceci est, fait-on remarquer, accentué en droit uniforme où l'Acte uniforme organisant les sûretés (articles 41 à 43) fait du droit de rétention une sûreté d'application générale, parfaite et achevée, qui confère au rétenteur la situation d'un créancier gagiste aussi bien pour le droit de suite que pour le droit de préférence, alors qu'auparavant le créancier rétenteur ne pouvait que

¹⁷⁵ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 463-464.

¹⁷⁶ *Idem*, pp. 641-642 pour de plus amples informations.

retenir la chose sans possibilité d'en diligenter la vente et perdait sa sûreté dès qu'il se dessaisissait du bien¹⁷⁷.

Le droit belge se démarque, en la matière, du droit uniforme en prévoyant à l'article 26, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites qu'à partir de la clôture du procès-verbal de vérification des créances, les titulaires de sûretés spéciales mobilières retrouvent le droit individuel de réaliser l'assiette de leur sûreté, sauf en cas de l'hypothèse visée par l'alinéa 3 de l'article ci-dessus cité.

On admet ici que, pour l'intérêt de la masse, les curateurs peuvent, si le créancier gagiste n'exerce pas son droit d'exécution individuelle, en requérir la vente; ils puisent ce droit dans l'effet de saisie générale qu'entraîne la faillite, l'accord du gagiste sur les conditions de la vente n'étant pas nécessaire¹⁷⁸.

Au demeurant, les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales gardent, malgré la soumission à la discipline collective, leur préférence par rapport aux autres sur les biens, assiette de leurs sûretés. Et c'est à cause de cela que lesdites sûretés entraînent, à leur tour, l'affaiblissement de l'égalité dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens.

Les règles régissant certaines sûretés réelles spéciales exposées ci-dessous en témoigneront.

Section II. Examen des règles régissant certaines sûretés réelles spéciales : cas du gage sur fonds de commerce, des privilèges spéciaux sur meubles et immeubles et des hypothèques

Nous examinerons ici, comme indiqué dans le titre, le gage sur fonds de commerce (§1), les privilèges spéciaux sur meubles et immeubles (§2) et les hypothèques (§3).

¹⁷⁷ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 254-255.

¹⁷⁸ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 461.

§1. Le gage sur fonds de commerce

A. Généralités

On va exposer de prime abord quelques considérations qui permettent de percevoir les conséquences que le gage sur fonds de commerce, appelé nantissement du fonds de commerce en droit uniforme, peut avoir sur la situation des créanciers chirographaires.

On relèvera, pour ce faire, certains points qui permettent de soutenir que le gage sur fonds de commerce constitue une sûreté originale et se démarque du gage traditionnel :

- le gage sur fonds de commerce est une sûreté d'origine conventionnelle sans dépossession dans la mesure où le fonds de commerce engagé est laissé entre les mains du débiteur¹⁷⁹ et ce nonobstant le fait que la dépossession constitue une condition essentielle du contrat de gage ;
- même si le gage est une sûreté spéciale qui porte sur tel bien déterminé, l'assiette du fonds de commerce reste cependant mouvante¹⁸⁰. En effet, la sûreté résultant d'un tel gage est essentiellement fluctuante, en raison de la nature fluctuante de l'objet grevé et de la consistance incertaine du gage. Dès lors, l'étude du gage sur fonds de commerce dans cette partie trouve sa justification dans la classification traditionnelle, qui veut que ce dernier soit rangé parmi les sûretés réelles spéciales.
- Le gage constitue une sûreté mobilière alors que l'assiette du gage sur fonds de commerce comprend, en droit belge, lorsque le fonds est exploité par le propriétaire de l'immeuble qui l'abrite, l'outillage et le matériel immobilisés par destination économique¹⁸¹.
- Le régime du gage sur fonds de commerce a emprunté à l'hypothèque certains procédés techniques, notamment la publicité assurée par l'inscription au registre du conservateur des hypothèques (en droit belge) ou au registre du commerce (en droit uniforme). Cette

¹⁷⁹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *R.C.J.B.*, 1980, p. 143 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 169.

¹⁸⁰ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *ibid.*, p. 143 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 83 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 40 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 169.

¹⁸¹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 169. Tel n'est pas le cas en droits uniforme et même français où l'outillage et le matériel immobilisé par destination économique ne font pas partie du gage sur fonds de commerce (M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 590).

publicité destinée à renseigner les tiers est, on s'en doute, d'une importance capitale dans la mesure où le débiteur est laissé en possession du gage.

- Le gage sur fonds de commerce confère droit de suite à son titulaire, nonobstant le fait que « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » au regard des articles 46 de la loi hypothécaire belge et 89 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés¹⁸². Ce droit de suite est nécessaire à la protection du créancier, car le débiteur est laissé en possession de la sûreté. Il faut éviter, relève-t-on à juste titre, que l'aliénation du fonds prive le créancier de sa garantie et lui permettre de le saisir entre les mains d'un tiers acquéreur. Ce droit de suite ne présente pas d'inconvénient pour les tiers, avertis de l'existence du gage par la publicité instrumentaire¹⁸³.

On peut observer, au regard de ce qui précède, que l'institution du gage sur fonds de commerce par la loi belge du 25 octobre 1919 (modifiée par l'arrêté royal n° 282 du 30 mars 1936 et les lois des 31 janvier 1958, 22 mars 1993 et 9 février 1995) et la consécration du nantissement du fonds de commerce par l'Acte uniforme de l'OHADA du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés répondent aux besoins de beaucoup de petites et moyennes entreprises.

L'utilité de cette sûreté est incontestable, surtout quand on sait que, très souvent, le débiteur n'a d'autre actif à affecter à la garantie d'un prêt ou d'une ouverture de crédit que l'affaire qu'il exploite. La technique du gage sans dépossession lui permet ainsi de disposer aisément de son fonds de commerce pour obtenir du crédit, tout en poursuivant normalement l'exploitation¹⁸⁴.

Force est toutefois de constater que malgré l'organisation de la matière, le gage sur fonds de commerce soulève pas mal de problèmes touchant essentiellement, comme on le verra ci-dessous, à la consistance de la sûreté et à la protection du créancier gagiste, en particulier en ce qui concerne la réalisation du gage¹⁸⁵.

¹⁸² V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 145 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 145 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 169 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 91.

¹⁸³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 170.

¹⁸⁴ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 144 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 145 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 38 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 170 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 174.

¹⁸⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 145 ; A. M. STRANART, *ibid.*, p. 41 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 170 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *ibid.*, t. IV, p. 174.

B. Régime juridique du gage sur fonds de commerce

Nous examinons ici les règles gouvernant la constitution de ce gage, l'étendue de son assiette, ses effets et certains cas de concours.

1°. La constitution du gage sur fonds de commerce

Le gage sur fonds de commerce est soumis à des conditions de fond et de forme destinées à protéger les tiers et les parties au contrat.

On peut relever, en rapport avec les conditions de fond, que toute personne physique ou morale dispose de la possibilité de donner son fonds de commerce en gage. L'on ne se soucie pas, à cet égard, de l'importance de son entreprise de même que la nature de son activité, à condition que celle-ci soit de nature commerciale.

Il convient de savoir, toutefois, que le débiteur doit, pour l'engager, être propriétaire de son fonds de commerce. A défaut, la sûreté serait nulle¹⁸⁶. Ceci suppose, observe-t-on, et la nécessité d'un fonds de commerce et l'existence de ce fonds de commerce au moment de la constitution de la sûreté¹⁸⁷.

Le bénéficiaire du gage sur fonds de commerce ne peut être qu'un établissement de crédit ou certains établissements financiers agréés au regard de l'article 1^{er} de l'arrêté royal belge du 9 octobre 1995 pris en exécution de l'article 7 de la loi du 25 octobre 1919.

Il y a lieu de penser qu'il en est ainsi également en droit uniforme où le fonds de commerce peut être utilisé par son propriétaire pour se procurer du crédit ; servant alors de garantie à un emprunt, il sera nanti¹⁸⁸.

Il en résulte qu'en droit belge notamment, le gage consenti au profit d'une personne autre qu'un créancier autorisé est nul. Il s'agit là d'une règle d'ordre public dans la mesure où elle circonscrit le champ d'application d'une sûreté réelle. Comme il n'y a pas de sûreté sans

¹⁸⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 172 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁷ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 147 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 40.

¹⁸⁸ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 103.

texte, les parties (créancier et débiteur) ne sauraient créer, par leur seule volonté, une cause de préférence en dehors du cadre tracé par le législateur¹⁸⁹.

S'agissant des conditions de forme, on notera qu'un acte sous seing privé suffit pour la constitution du gage sur fonds de commerce (article 3 de la loi belge du 25 octobre 1919).

D'après l'article 70 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, le nantissement du fonds de commerce doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré.

On admet que l'écrit est une condition d'existence du contrat et non une simple règle de preuve¹⁹⁰. Le gage sur fonds de commerce est donc un contrat solennel, comme l'hypothèque, mais la solennité exigée est moins stricte que pour l'hypothèque car un acte sous seing privé suffit : la forme authentique n'est pas requise¹⁹¹ en droit belge, contrairement à l'exigence du droit uniforme. Mais l'on précise que l'acte doit identifier le fonds grevé, car le gage sur fonds de commerce est une sûreté spéciale.

Créant une sûreté conventionnelle sans dépossession, le législateur en a prévu la publicité comme condition d'opposabilité aux tiers (articles 4 de la loi belge du 25 octobre 1919 et 72 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés). En effet, l'acte du gage sur fonds de commerce, pour être rendu opposable, doit, en droit belge, être inscrit dans le registre tenu à cet effet au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement judiciaire dans le ressort duquel le fonds de commerce est établi¹⁹².

On retiendra enfin que l'omission de l'une ou de plusieurs formalités prescrites ci-dessus n'entraînera la nullité que lorsqu'elle portera préjudice aux tiers.

¹⁸⁹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 149 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 40 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 171

¹⁹⁰ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *ibid.*, p. 155 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 177.

¹⁹¹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 172.

¹⁹² L'on a déjà indiqué que le registre concerné, à cet effet, en droit uniforme, est le registre du commerce.

2°. L'assiette du gage sur fonds de commerce

L'article 2 de la loi belge précitée prévoit que le gage a pour assiette « *l'ensemble des valeurs qui composent le fonds de commerce* » du débiteur. Il grève chacun des biens, corporels ou incorporels, que contient le fonds.

L'article 69 de l'Acte uniforme précité permet, pour sa part, de classer en trois catégories les différents éléments du fonds de commerce susceptible de faire l'objet d'un nantissement. L'on peut ainsi, au regard de cette disposition, distinguer les éléments qui doivent obligatoirement figurer dans le nantissement¹⁹³ (éléments obligatoires), ceux qui peuvent y être inclus¹⁹⁴ (éléments facultatifs) et ceux qui ne doivent jamais en faire partie¹⁹⁵ (éléments exclus)¹⁹⁶.

L'énumération portée par l'article 2 précité est exemplative et fort hétéroclite. Elle mélange, en effet, les biens qui, envisagés isolément, ont une valeur patrimoniale (le mobilier de magasin, l'outillage, le droit au bail, l'enseigne et les marques) et les notions économiques (l'organisation commerciale et la clientèle)¹⁹⁷.

L'ensemble d'éléments constitutifs du fonds sont, en droit belge, de droit inclus dans le gage, sans que l'acte doive les énumérer. On y excepte, cependant, les marchandises en stock, qui doivent être expressément mentionnées. Encore qu'elles n'entreront, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 2 susmentionné, dans le gage qu'à concurrence de la moitié de leur valeur.

Cette limitation s'avère ainsi importante, car elle permet de réserver le reste de l'actif du débiteur aux autres créanciers, surtout ceux régis par la loi du concours. Elle reflète le souci du législateur d'éviter que la sûreté n'absorbe la totalité de l'actif du débiteur.

¹⁹³ Il s'agit de la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et les licences d'exploitation (article 69-1).

¹⁹⁴ Il s'agit des éléments incorporels tels que les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle et du matériel (article 69-2).

¹⁹⁵ Il s'agit des droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au livre foncier (article 69-3). Cette disposition constitue un prolongement du principe, admis en droit français, de l'exclusion des immeubles du fonds de commerce (Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 108).

¹⁹⁶ Voir pour de plus amples informations à ce sujet, Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 104 et s.

¹⁹⁷ J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 178.

L'Acte uniforme sur les sûretés n'exclut pas expressément, quant à lui, les marchandises du nantissement du fonds de commerce¹⁹⁸.

La doctrine soutient néanmoins, en effet, qu'on peut penser, pour deux raisons au moins, que, même si elles peuvent faire l'objet d'un nantissement distinct, les marchandises doivent être exclues du nantissement du fonds de commerce : d'un côté, en combinant les dispositions de l'article 69-1 et 69-2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, on obtient la liste des éléments qui sont seuls susceptibles d'entrer dans le nantissement de fonds de commerce et, de l'autre, lorsqu'il traite du nantissement des stocks, le législateur n'envisage pas, comme pour le nantissement du matériel, l'hypothèse d'un nantissement avec le fonds et celle d'un nantissement séparé. Elle en déduit que les marchandises ne peuvent être nanties que séparément¹⁹⁹.

M. ISSA-SAYEGH, commentant l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, mentionne également les marchandises parmi les éléments exclus du nantissement, en indiquant qu'étant destinées à la vente à la clientèle, elles se verraient appliquer l'article 2279 du code civil paralysant le droit de suite²⁰⁰.

Leur exclusion du nantissement ne peut qu'améliorer tant soit peu la situation des créanciers régis par la loi du concours, en l'occurrence les créanciers chirographaires. Nous soutenons à ce titre cette doctrine.

La question de l'inclusion dans le gage sur fonds de commerce des créances, valeurs et espèces, fut et demeure controversée en droit belge, nonobstant l'arrêt de la Cour de cassation belge du 6 novembre 1970²⁰¹ vidant la question.

Avant cet arrêt, la doctrine²⁰² était quasi unanime que ces éléments ne faisaient pas partie normalement du fonds de commerce, parce qu'ils constituent le résultat de l'exploitation de celui-ci, mais que les parties pouvaient, par une stipulation spéciale, les inclure dans les opérations, telles la mise en gage, conclues à propos du fonds en raison du caractère purement

¹⁹⁸ Et pourtant le droit français qu'il a inspiré prévoit que le nantissement ne peut jamais porter sur les marchandises.

¹⁹⁹ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 109.

²⁰⁰ J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 652.

²⁰¹ Cass.(1^{ère} ch.), 6 novembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 200.

²⁰² Voir notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 179.

exemplatif de l'énumération de l'alinéa 2 précité²⁰³. C'est cet enseignement, et sa justification, que consacre d'ailleurs l'arrêt précité de la Cour de cassation.

Deux reproches ont été dirigés contre cet arrêt. Pour M. FONTAINE, les créances, valeurs et espèces font partie de plein droit du fonds de commerce. Ces postes du réalisable et du disponible, estime-t-il, constituent des éléments indispensables au fonctionnement du fonds, à sa productivité. Ils sont donc normalement compris parmi les « valeurs » qui composent le fonds de commerce. Dans cette optique, ce n'est pas leur inclusion dans le gage qui doit être stipulée mais au contraire leur exclusion²⁰⁴.

Mme MOREAU-MARGREVE n'admet pas, pour sa part, que les créances et valeurs puissent être considérées comme parties intégrantes du gage sur fonds de commerce. Il ne serait pas, estime-t-elle, du pouvoir des particuliers d'étendre conventionnellement l'assiette d'une sûreté réelle à des biens autres que ceux que le législateur permet aux parties contractantes de soumettre à la sûreté²⁰⁵.

Cette controverse doctrinale ne sera pas prolongée ici, malgré son intérêt, car la jurisprudence de la Cour de cassation paraît fixée. Par ailleurs, la solution énoncée par l'arrêt de principe du 6 novembre 1970 est claire : les créances et valeurs ne font pas, en soi, partie du fonds de commerce ; mais ces éléments peuvent être inclus dans le gage en vertu d'une clause formelle de l'acte²⁰⁶.

En raison du caractère exemplatif de l'énumération des éléments susceptibles de faire l'objet d'un nantissement en droit uniforme, nous pensons que cette solution jurisprudentielle peut également être reçue dans ce droit. En ce cas, une clause formelle sera requise.

²⁰³ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 42 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 87.

²⁰⁴ V. M. FONTAINE, « L'inclusion des créances, valeurs et espèces dans la composition du fonds de commerce », *R.C.J.B.*, 1972, p. 320 et spéc. p. 322.

²⁰⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 133 et spéc. pp. 138 et s.

²⁰⁶ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 42 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 174 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 87.

La Cour de cassation belge a décidé, vidant ainsi une ancienne controverse²⁰⁷, par son arrêt du 26 mai 1972²⁰⁸, que les immeubles par destination économique sont aussi inclus dans l'assiette du gage sur fonds de commerce²⁰⁹.

Cette solution, critiquée par une certaine doctrine²¹⁰, paraît principalement justifiée par le souci d'éviter toute différence dans la consistance du gage, selon que le débiteur est propriétaire ou locataire de l'immeuble dans lequel il exerce son activité²¹¹.

La question n'est pas en revanche tranchée en droit uniforme où l'article 69-3 exclut expressément du nantissement du fonds de commerce les droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au livre foncier, prolongeant ainsi le principe, admis en droit français, de l'exclusion des immeubles du fonds de commerce²¹². Mais l'on peut penser, en se fondant sur le droit français qui a inspiré le législateur de l'OHADA en la matière, qu'ici aussi le matériel et l'outillage immobilisés par destination économique ne peuvent faire partie du fonds de commerce.

3°. Les effets du gage sur fonds de commerce

L'examen des effets du gage sur fonds de commerce permet de montrer la situation avantageuse dans laquelle se trouve le créancier qui en est titulaire par rapport notamment au créancier ordinaire, en ce qui concerne la chance d'être payé du premier par rapport au second en cas de faillite ou liquidation des biens du débiteur.

La constitution du gage sur fonds de commerce s'accompagne aussi bien d'obligations dans le chef du constituant du gage que de sanctions en cas d'exploitation abusive à l'encontre de ce dernier et emporte droit de préférence et de suite pour le créancier gagiste.

²⁰⁷ Voir pour de plus amples informations sur les solutions proposées, J. HEENEN, « Nantissement du fonds de commerce et immeubles par destination », *R.C.J.B.*, 1964, pp. 16 et s.

²⁰⁸ Cass., 26 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 889.

²⁰⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 174 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 88.

²¹⁰ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, pp. 136-137.

²¹¹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 174 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 179.

²¹² V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 108 et références citées.

a) Les obligations du constituant du gage

On sait que pendant toute la durée du gage, le débiteur (propriétaire du fonds) est laissé en possession du fonds de commerce engagé, qu'il peut donc continuer à exploiter. Cette exploitation doit, bien entendu, se concilier avec la protection du créancier, à qui le fonds est désormais réservé par sûreté.

Il est ainsi interdit au débiteur d'amoindrir volontairement la valeur du fonds, notamment en réalisant les marchandises à vil prix, en enlevant du fonds le matériel et l'outillage ou en résiliant sans raison le bail de l'immeuble où le commerce est exploité.

Moyennant cette réserve essentielle, le débiteur poursuit donc son activité sans entrave, avec cette conséquence que l'assiette du gage se modifie sans cesse : rotation des matières et des produits, émission et paiement des factures, remplacement de matériel déclassé, etc.²¹³.

L'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi belge de 1919 exprime assez maladroitement ce devoir du débiteur de s'en tenir à une exploitation rationnelle compatible avec la sûreté consentie, en faisant le débiteur « gardien des éléments du gage », dans la mesure évidente où ceci ne signifie nullement, on l'a vu, que le commerçant ne pourrait, de bonne foi, faire des actes de disposition tels la vente de marchandises ou le remplacement de l'outillage²¹⁴. Des sanctions sont évidemment prévues en cas d'exploitation abusive par le débiteur.

b) Les sanctions en cas d'exploitation abusive

Le débiteur viole, en effet, ses obligations s'il porte atteinte au gage par sa mauvaise gestion, par une exploitation abusive du fonds ou l'enlèvement injustifié de biens qui le composent.

Le créancier bénéficie, à cet effet, d'une protection particulière assurée par divers moyens. Il peut ainsi rendre immédiatement exigible la créance garantie, conformément aux articles 1188 du Code civil, lorsque le débiteur a, même en l'absence de fraude, diminué la valeur du fonds nanti, par sa mauvaise gestion ou lorsqu'il a fait sortir du fonds des biens grevés du privilège sans que le déplacement puisse s'expliquer par une exploitation normale.

²¹³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 176.

²¹⁴ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, pp. 88-89 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 180.

Une sanction pénale est même prévue à l'encontre du débiteur, en droit belge, si l'aliénation ou le déplacement d'un élément du fonds est frauduleux (article 8, alinéa 2, de la loi de 1919).

En outre, l'article 11, II, de la loi belge de 1919 reconnaît au créancier le droit de revendiquer entre les mains des tiers acquéreurs les éléments séparés du fonds aliénés sans son consentement. La revendication doit être intentée dans le délai de six mois, faute de quoi le créancier perd son droit de préférence sur les effets déplacés.

Même pratiquée dans ce délai, la revendication demeure cependant sans effet à l'égard de l'acquéreur de bonne foi, protégé par les articles 2279 du Code civil. L'on ne peut donc pas parler à cet égard de droit de suite²¹⁵.

Le créancier gagiste exerce néanmoins un véritable droit de suite lorsque le fonds de commerce en tant que tel, c'est-à-dire dans sa totalité et non par éléments séparés, est aliéné. En effet, la publicité rend le gage opposable aux tiers et le créancier est reçu à saisir et faire vendre le fonds même à l'encontre d'un acquéreur de bonne foi²¹⁶.

Ce droit de suite est expressément consacré en droit uniforme au regard de l'article 89 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui prévoit que « *les créanciers inscrits exercent leur droit de suite et de réalisation conformément aux dispositions de l'article 56-1 ci dessus* ». Il permet au créancier de saisir le fonds qui se trouverait entre les mains d'un acquéreur, de le faire vendre, et de se faire payer sur le prix ainsi dégagé.

Il constitue, en revanche, une construction prétorienne en droit belge, car il ne repose sur aucun texte légal. Il se justifie par le fait que le gage se réalise sans dépossession et est soumis à publicité.

On a vu, à cet égard, que dès lors que le fonds est laissé entre les mains du débiteur, la sûreté serait illusoire si le créancier n'était pas protégé contre une aliénation de mauvaise foi. Par ailleurs, le droit de suite ne présenterait guère de désagrément pour les tiers, avertis par la publicité instrumentaire de l'existence du gage. En plus, on ne saurait invoquer l'acquisition

²¹⁵ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 177.

²¹⁶ V. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. IV, p. 1144 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. II, p. 112 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 177 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 181. Dans ce sens également, cass., 21 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 554, p. 1368.

de bonne foi, car le fonds de commerce, en tant qu'universalité, n'est pas un meuble corporel. On pourrait même reprocher la négligence à l'acquéreur de bonne foi, eu égard à la publicité du gage, car celui-ci aurait omis de vérifier l'absence d'inscription sur le fonds²¹⁷.

Mais, à l'absence d'un texte exprès, ce droit de suite n'est pas organisé et sa mise en œuvre n'est guère aisée²¹⁸. L'exercice de ce droit suppose par ailleurs que le fonds aliéné soit encore identifiable et qu'il ne soit pas confondu avec celui de l'acquéreur, ce qui risque fréquemment de se produire²¹⁹.

c) Le droit de préférence du créancier gagiste

Alors que la réalisation du gage sur fonds de commerce est poursuivie, en droit uniforme, en se conformant aux prescrits de l'article 56-1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, elle est, en revanche, poursuivie, en droit belge, par le créancier selon la procédure de réalisation du gage commercial. Mais comme le fonds est demeuré entre les mains du débiteur, contrairement à ce qui se passe dans le gage « classique », le créancier sera préalablement contraint de saisir les éléments qui le composent. Saisie sera pratiquée sans titre exécutoire ni permission du juge. Requête sera ensuite déposée entre les mains du président du tribunal de commerce qui « pourra autoriser le créancier à faire vendre le fonds de commerce soit en bloc soit en détail » (article 12 de la loi belge de 1919)²²⁰.

Il va sans dire que, dans ce cas, le prix de réalisation du gage sera réservé par priorité au créancier gagiste.

Le législateur n'a pas cependant précisé la forme que devait revêtir la saisie du fonds. Il y a, en effet, controverse sur le point de savoir si les divers éléments du fonds doivent être saisis selon le mode approprié à chacun d'eux²²¹ ou si, comme il paraît plus adéquat de le décider, le

²¹⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 177.

²¹⁸ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 146 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 177. Le législateur français consacre expressément, pour sa part, à travers la loi du 17 mai 1909, relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce, le droit de suite du créancier dans cette hypothèse (article 22).

²¹⁹ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 46 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 178.

²²⁰ V. Liège, 18 décembre 1981, *J.L.*, 1982, p. 131 et obs. G. DE LEVAL, cité par Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 178.

²²¹ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *ibid.*, p. 158.

fonds peut être saisi en bloc par une procédure ‘*sui generis*’²²². A noter que dans cette dernière position, certes la plus commodément praticable, les procédures applicables aux créances et aux immeubles par destination, demeurent toutefois incertaines²²³.

On peut se demander, en rapport avec les procédures collectives sous examen, si la faillite ou liquidation des biens suspend les droits de réalisation du gage. Une réponse négative est réservée à cette question²²⁴.

En effet, la faillite ne suspend pas les droits du créancier, dans la mesure où le gage sur fonds de commerce constitue une sûreté spéciale²²⁵. Ceci revient à dire, en d’autres mots, qu’en dépit de l’ouverture de la faillite ou liquidation des biens, le créancier gagiste peut mettre sa sûreté en œuvre pour obtenir le paiement des dettes garanties.

Une réserve mérite toutefois d’être formulée à cet égard compte tenu de la confrontation possible, en ce cas, des intérêts du créancier gagiste et de la masse. En effet, accorder une entière liberté au créancier gagiste peut conduire au démembrement immédiat du fonds et, par voie de conséquence, à un préjudice irréparable pour les autres créanciers. Ceci est vrai dans la mesure où le fonds s’apparente peu, on le sait, à une sûreté spéciale : le fonds est un complexe d’éléments humains, techniques, financiers, etc., dont il faut éviter la désintégration²²⁶.

Cette nécessité explique, pensons-nous à la suite du Professeur T’KINT, que, dans plusieurs cas, saisi d’une requête en réalisation de son gage par le créancier après faillite du débiteur, le président du tribunal de commerce a chargé le curateur de cette tâche, dans le souci évident de concilier à la fois les intérêts du poursuivant et de la masse²²⁷.

²²² V. J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 180 et 182 ; dans le même sens, J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 89.

²²³ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 90 ; A. STRANART, *op. cit.*, p. 47.

²²⁴ V. cass., 8 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 881 et *R.C.J.B.*, 1980, p. 121 et ét. I. MOREAU-MARGREVE ; P. COPPENS et Fr. T’KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1979, p. 322.

²²⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 159 ; Fr. T’KINT, *op. cit.*, p. 178.

²²⁶ V. Fr. T’KINT, *ibid.*, p. 179.

²²⁷ Voir, par exemple, Gand, 30 avril 1987, *R.D.C.*, 1987, p. 717 ; Anvers, 30 mai 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 254, cité par Fr. T’KINT, *ibid.*, p. 179. Lire également, P. COPPENS et Fr. T’KINT, « Examen », *ibid.*, 1991, p. 335.

D'ailleurs, l'article 26 de la loi belge sur les faillites va dans ce sens lorsqu'il prévoit que le tribunal pourrait aussi faire défense au créancier de réaliser son gage pendant un délai d'un an au plus, « si l'intérêt de la masse l'exige ». Le même texte permet, de façon implicite mais certaine, au tribunal de charger le curateur de vendre le fonds pendant le moratoire, pour autant que cette vente ne se fasse pas au « désavantage » du créancier gagiste.

Ce procédé (de réalisation du gage par le curateur) a l'avantage d'éviter la dispersion des éléments du fonds. Il va sans dire que le prix de réalisation du fonds sera versé au créancier gagiste par priorité, même si le curateur est intervenu en cette seule qualité et non sur mandat du président du tribunal de commerce. Il en résulte qu'en dépit de ce souci de veiller à l'intérêt général de la masse, la préférence reconnue au créancier gagiste sur fonds de commerce n'affaiblit pas moins l'égalité des créanciers dans le concours.

Le créancier gagiste bénéficie, en outre, d'une protection supplémentaire en droit belge. En effet, en cas de saisie-exécution pratiquée, sur tout ou partie des actifs qui composent le fonds, par un autre créancier, le créancier gagiste est dispensé, pour faire respecter son droit de préférence, de former opposition entre les mains de l'huissier instrumentant. Cette règle contraint l'huissier, par voie de conséquence, à vérifier chaque fois si le fonds dont les éléments ont été saisis n'est pas grevé d'un gage et, dans l'affirmative, à prendre en compte la sûreté lorsqu'il s'agira de répartir le produit de la vente.

En somme, le créancier gagiste sur fonds de commerce peut se prévaloir du droit de préférence inhérent à sa sûreté, si l'inscription de son gage a été opérée avant la prononciation du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, sous réserve des règles spéciales applicables aux sûretés constituées en période suspecte. Ce droit de préférence permet, on le sait, au créancier inscrit d'être payé par préférence à tous autres sur le prix de la vente du fonds. Il prime ainsi les créanciers chirographaires et le conflit entre les autres créanciers participant à la saisie collective que constitue la faillite ou liquidation des biens, et le créancier gagiste sur fonds de commerce se résout par application de la règle de l'antériorité²²⁸.

²²⁸ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 145.

4°. Le concours entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et les autres titulaires de sûretés réelles

On ne peut s'étonner, en raison de l'ampleur potentielle de l'assiette du gage sur fonds de commerce, du grand nombre de conflits de toutes sortes qui opposent le créancier gagiste sur fonds de commerce à d'autres créanciers qui invoquent un droit de préférence concurrent sur tout ou partie des biens entrant dans l'assiette du gage sur fonds de commerce. Ces conflits sont bien nourris, le législateur ne pouvant les prévoir tous et les régler spécifiquement et les positions jurisprudentielles vont dans tous les sens.

Nous allons dans les lignes qui suivent indiquer la règle permettant de résoudre certains cas de concours en la matière. Les solutions données ci-dessous sont, pour l'essentiel, inspirées du droit belge, mais peuvent mutatis mutandis trouver application en droit uniforme.

En ce qui concerne le concours entre créancier gagiste sur fonds de commerce et créancier hypothécaire, l'application de l'adage « *prior tempore, potior jus* » à ce cas de concours semble acquise, depuis que la Cour de cassation belge a admis, comme on l'a vu, que le gage sur fonds de commerce peut s'étendre aux immeubles par destination.

En effet, dans son arrêt du 26 mai 1972, la Cour de cassation décide que le concours entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le créancier hypothécaire – là où il se produit sur les immeubles par destination – se règle par renvoi à la règle « *prior tempore, potior jus* » : le concours se réglera selon l'ordre des dates d'inscription alors même que celles-ci ne se trouvent point dans le même registre²²⁹.

S'agissant du concours entre créancier gagiste sur fonds de commerce et créancier gagiste ordinaire, l'on observe que le gage sur fonds de commerce étant un gage sans dépossession, rien n'exclut que le débiteur se défasse, pour l'engager séparément, de tel ou tel élément du fonds grevé.

Ici aussi le concours éventuel entre créanciers gagiste sur fonds de commerce et gagiste ordinaire est régi par la règle de l'antériorité, généralement retenue en cas de concours entre

²²⁹ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 145 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, p. 163 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 92.

sûretés conventionnelles. Le débiteur ne saurait donc s'affranchir, pour constituer une sûreté subséquente, de celle qu'il a déjà consentie.

Quant aux dates à prendre en considération, on se référera aux dates d'opposabilité aux tiers pour les sûretés soumises à publicité : l'inscription pour le gage sur fonds de commerce, la dépossession du débiteur ou la conclusion du contrat pour le gage, selon qu'il porte sur un bien corporel ou une créance²³⁰. Il s'agit là d'une solution qui paraît s'imposer depuis que la Cour de cassation a décidé, par son arrêt de principe du 19 novembre 1992²³¹, que l'antériorité départage créancier gagiste sur fonds de commerce et porteur de warrant de marchandises.

Le législateur a prévu, en droit uniforme, que les créanciers inscrits peuvent être primés par les créanciers garantis par un gage selon la date de sa constitution (article 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés).

Relativement au concours entre créancier gagiste sur fonds de commerce et vendeur d'équipement professionnel, la Cour de cassation belge s'est exprimée à plusieurs reprises sur la question. Dans son arrêt du 10 novembre 1967, la Cour de cassation a, d'une part, assimilé le gagiste sur fonds de commerce au créancier gagiste ordinaire et, d'autre part, affirmé que la connaissance du non-paiement du prix peut résulter du dépôt de la facture au greffe²³².

La question ne fut pas vidée par cet arrêt, car demeurer incertain le fait de savoir si la solution ainsi affirmée est également valable dans le cas où la vente de machines a lieu postérieurement à la mise en gage. La Cour de cassation a alors été amenée à trancher formellement la question dans deux arrêts du 28 septembre 1972²³³. Elle a affirmé que même si la vente est postérieure à la mise en gage, la connaissance du non-paiement du prix résulte à suffisance du dépôt de la facture.

On se demande, à juste titre, pourquoi la Cour maintient, dans ces arrêts, la formule selon laquelle la connaissance du gagiste « peut » résulter du dépôt de la facture, alors que – selon ces arrêts – la publicité de l'article 25, 5°, de la loi hypothécaire est tenue comme

²³⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 180.

²³¹ Cass., 19 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1286.

²³² Cass., 10 novembre 1967, *R.W.*, 1967-1968, p. 1033.

²³³ *Pas.*, 1972, I, p. 103.

suffisante²³⁴. Malgré les critiques dirigées contre cette seconde position de la Cour²³⁵, la solution dégagée par la Cour est néanmoins claire et simple²³⁶.

Le concours entre créancier gagiste sur fonds de commerce et bailleur de l'immeuble ne peut aussi être passé sous silence. On sait, en effet, que le privilège du créancier gagiste sur fonds de commerce a notamment pour assiette « le mobilier de magasin et l'outillage » ainsi que (pour la moitié de leur valeur, en droit belge) « les marchandises en stock », en tout cas lorsqu'une clause du contrat de gage le prévoit expressément. Ces mêmes biens sont aussi grevés, le cas échéant, du privilège du bailleur. D'où la question de savoir comment trancher le concours entre les deux créanciers.

Ici également, la Cour de cassation belge s'est prononcée, par un arrêt de principe du 11 juin 1982²³⁷, pour la règle de l'antériorité. Il se pose cependant la question de savoir quelles sont les dates à prendre en considération. On a déjà indiqué que pour le gage sur fonds de commerce, c'est celle de l'inscription, car avant cette inscription, le gage ne peut être opposé aux tiers.

La solution n'est pas aisée pour le bail. La Cour a retenu, dans le même arrêt, la date de l'entrée des meubles dans les lieux, qui donne une assiette au privilège. En théorie, on aurait pu préférer la date de la conclusion du bail car le privilège naît en même temps que la créance garantie. Mais on conçoit mal qu'un privilège existe sans aucune assiette²³⁸.

Au regard de tout ce qui précède, nous pouvons retenir que le gage sur fonds de commerce, en dépit de ses avantages pour le créancier bénéficiaire, soulève malgré tout énormément de problèmes, à partir de sa constitution jusqu'à sa réalisation.

On a remarqué, en effet, qu'il constitue un cas important d'atteinte au principe de l'égalité des créanciers en concours à cause de la préférence reconnue au créancier qui en bénéficie. En outre, sa réalisation est susceptible, au regard de l'ampleur de son assiette, d'emporter une

²³⁴ V. A. M. STRANART, « Chronique », *Rev. Banque*, 1975, p. 315.

²³⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », *loc. cit.*, pp. 163-164.

²³⁶ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *op. cit.*, p. 93.

²³⁷ Cass., 11 juin 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 1171.

²³⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 235-236.

part importante de l'actif du débiteur, ne laissant ainsi, en cas de faillite ou liquidation des biens, qu'un maigre actif à répartir aux créanciers chirographaires.

Les différents cas de concours exemplatifs mentionnés ci-dessus montrent bien que cette sûreté est susceptible d'engendrer pas mal de conflits opposant son titulaire à d'autres titulaires de sûretés réelles et, en cas de faillite ou liquidation des biens, au curateur ou syndic, représentant les intérêts de la masse.

A cet égard, la décision du juge n'est pas toujours aisée, faute de solutions légales. Il va sans dire que la liquidation du patrimoine du failli ne peut, dans ces conditions, qu'accuser un retard, car il faut déterminer minutieusement tous les éléments faisant partie de ce gage et donc non soumis au concours.

Tous ces problèmes montrent aussi que l'intervention du législateur est vivement indispensable. Elle donnerait plus de crédit à cette sûreté aux avantages incontestables et améliorerait la situation de tous les créanciers (chirographaires, titulaires d'autres sûretés réelles et titulaires du gage sur fonds de commerce) en cas de concours.

§2. Les privilèges spéciaux sur meubles et immeubles

Pour mieux faciliter la compréhension des effets des privilèges tant spéciaux que généraux, il convient d'expliquer de prime abord la notion même des privilèges (A). Une fois cet exposé terminé, nous passerons ensuite à l'étude des privilèges spéciaux sur meubles (B) qui sera suivie par celle des privilèges spéciaux sur immeubles (C).

A. Présentation des privilèges

L'article 12 de la loi hypothécaire belge définit le privilège comme « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers [...]* ».

Le privilège n'est pas en revanche défini en droit uniforme, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne se limitant qu'à la réglementation de deux sortes de privilèges, à savoir les privilèges généraux et les privilèges spéciaux.

Nous exploiterons ainsi la définition donnée par le législateur belge pour mettre en lumière les effets fondamentaux des privilèges permettant de percevoir la situation des créanciers titulaires de ces derniers par rapport à celle des créanciers chirographaires en cas de concours découlant de la faillite ou liquidation des biens.

Il résulte de ladite définition que le privilège se justifie uniquement par la « qualité de la créance » à laquelle la loi l'attache. Il ne s'explique donc pas par une faveur que le législateur aurait accordée à tel ou tel créancier (ou à une catégorie de créanciers)²³⁹, mais par la nature même de la créance qu'il garantit : recouvrement de frais de justice, prix dû au vendeur, rémunération, etc.²⁴⁰.

Le privilège profite, bien entendu, au créancier, car il l'affranchit de la loi du concours, mais c'est en considération de la créance. C'est pourquoi le législateur qualifie les privilèges par référence non à leur titulaire (bailleur, vendeur, travailleur, etc.), mais à la créance garantie (« loyers et fermages des immeubles », « prix d'effets mobiliers non payés », « rémunération », etc.). C'est la créance qu'il veut protéger, non le créancier²⁴¹.

Le caractère légal des privilèges domine ainsi toute la matière. Il participe de ce dernier non seulement que la loi seule est la source des privilèges en manière telle que leurs conditions de naissance, de conservation, d'exercice et d'extinction résultent des dispositions légales qui les concernent, mais aussi que les dispositions légales relatives aux privilèges sont d'interprétation restrictive²⁴².

Un privilège ne peut donc être admis sans texte qui l'étaye et tout texte qui en consacre un, ne peut être appliqué par analogie ; la décision de conférer un privilège appartient au seul législateur, qui confère un privilège quand il estime utile, pour des raisons humanitaires propres au débiteur ou au créancier, pour la protection de l'intérêt général, par un souci d'équité, ou encore par une référence à l'origine historique du gage²⁴³.

²³⁹ Vor dans ce sens, J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 95. Lire également J.-B. SEUBE, qui considère, pour sa part, les privilèges comme des faveurs, offertes par le législateur à certains créanciers eu égard aux qualités de leurs créances, leur permettant d'être payés en priorité par rapport à d'autres créanciers.

²⁴⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 114.

²⁴¹ *Idem*, p. 115.

²⁴² V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, pp. 95-96 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 56.

²⁴³ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 101.

On constate ainsi que les privilèges ne sauraient être créés par convention tout simplement parce qu'ils sont l'œuvre exclusive de la loi et échappent complètement à l'autonomie de la volonté.

On observe également, au regard de ce qui précède, qu'en plus de privilèges énumérés par la loi hypothécaire belge, il en est aussi d'autres disséminés dans les législations les plus diverses. Ce qui n'est pas sans conséquences : d'une part, cette dispersion entraîne, sur le plan pratique, que beaucoup de créanciers ne retirent pas, par ignorance de la loi, ce qui leur est dû en cas de concours et, d'autre part, ce défaut de légistique est d'autant plus grave que le nombre des privilèges de toutes sortes va sans cesse croissant, en même temps que les strates anciennes subissent de constants changements²⁴⁴.

Le législateur uniforme de l'OHADA se propose, quant à lui, de remédier à ces problèmes. Le commentateur de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés le fait observer en ces termes : « la liste des privilèges généraux du Code civil était devenue archaïque, abondante et désordonnée. Par ailleurs, leur assiette (mobilière et immobilière) ainsi que leur classement étaient déterminés de façon confuse par le législateur français. Il s'avérait donc nécessaire de réduire cette liste en éliminant les privilèges qui ne correspondaient plus à l'Afrique ni à l'époque actuelle, et de déterminer de façon aussi précise que possible leur assiette et leur rang, entre eux d'abord (art. 106 à 108) et parmi les autres sûretés ensuite (art. 147 à 149) »²⁴⁵.

L'auteur relève également, en rapport avec les privilèges spéciaux, ce qui suit : « la liste des privilèges mobiliers spéciaux (art. 109 à 116) méritait également un toilettage pour en évincer ceux qui ne correspondaient plus à rien dans la vie économique moderne (par exemple, le privilège de l'hôtelier sur les effets apportés par son client) ou réduire l'importance de ceux qui étaient excessifs (par exemple, le privilège du bailleur d'immeuble ne garantit plus que douze mois avant et douze mois après la saisie de loyers impayés) »²⁴⁶.

²⁴⁴ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 102. L'auteur réfère, en droit belge où la prolifération des privilèges est plus accentuée, à l'article 19 de la loi hypothécaire.

²⁴⁵ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 663.

²⁴⁶ *Idem*, p. 665.

Un souci de clarté et de limitation des privilèges, qui fait encore défaut en droit belge pour les motifs susmentionnés, caractérise donc l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés.

On affirme pertinemment, en effet, que, dans la réalité, la prolifération anarchique des privilèges aboutit quasi à l'immolation des créanciers chirographaires ; ceux-ci cherchent à toute force à échapper à leur sort en invoquant l'un ou l'autre texte légal qui devient l'objet de controverses sans fin²⁴⁷.

L'analyse de certains privilèges qui va suivre mettra ce constat en exergue. Celle qui sera consacrée, plus loin, au rang des sûretés réelles montrera, en outre, que cette prolifération des privilèges aboutit également à un dédoublement du problème des privilèges, la question n'étant plus seulement de savoir si le créancier a un privilège mais s'il a un privilège d'un rang favorable²⁴⁸. De là, un extraordinaire développement du contentieux relatif à l'existence des privilèges et à leur rang.

Il est évident qu'il ne saurait être, dès lors, question de se livrer ici à une étude de chaque privilège. Les lignes qui suivent traitent de privilèges qui se rencontrent couramment dans la pratique commerciale, soit qu'ils se manifestent dans la quasi-totalité des cas de faillite ou liquidation des biens ou mettent en jeu les principes du droit de la faillite ou de la liquidation des biens, soit qu'ils sont tout simplement plus spécialement invoqués par les commerçants.

B. Les privilèges spéciaux sur meubles

L'article 20 de la loi hypothécaire belge énumère « *les créances privilégiées sur certains meubles* ». Il s'agit, en effet, de privilèges portant sur un meuble ou des meubles déterminés du débiteur, qui se caractérisent ainsi par la spécialité de leur assiette²⁴⁹.

L'article 109 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés indique également que « *les créanciers titulaires de privilèges spéciaux ont, sur les meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence qu'ils exercent, après saisie, selon les dispositions*

²⁴⁷ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 102.

²⁴⁸ *Idem*, p. 102.

²⁴⁹ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 100.

prévues par l'article 149 ci-après ». Il s'ensuit, souligne-t-on, que les créanciers titulaires de ces privilèges ne sont pas classés entre eux par la nature de leurs créances mais par l'initiative de saisie qu'ils prennent²⁵⁰.

On remarquera, en outre, que le droit de préférence ainsi consacré s'exerce aussi, au regard de l'alinéa 2 de l'article 109 précité, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance du meuble qui a péri ou disparu, tant qu'elle n'a pas été payée.

Les privilèges ci-dessus consacrés sont dits spéciaux, car ils portent toujours sur un meuble précis ou sur un ensemble de biens meubles déterminé par le législateur pour garantir des créances bien définies. Ils sont déterminés, à l'instar des privilèges généraux, de manière exhaustive par la loi²⁵¹.

Il en résulte que les créanciers ne peuvent en créer de nouveaux par voie conventionnelle ni les juges en accorder d'autres que ceux reconnus par la loi et dans des conditions déterminées par cette dernière²⁵².

Le fondement des privilèges spéciaux sur meubles conduit à distinguer deux catégories principales :

- la première comprend les privilèges qui sont rattachés à une idée de gage (privilège du bailleur d'immeuble, le privilège du transporteur, le privilège de l'hôtelier, le privilège du commissionnaire) ;
- la seconde regroupe les privilèges qui s'expliquent par la plus-value apportée par leur titulaire au patrimoine du débiteur (le privilège du vendeur d'effets mobiliers, le privilège des frais de conservation, ...).

On n'analysera pas ici tous ces différents privilèges spéciaux sur meubles. On se limitera seulement à certains d'entre eux compte tenu non seulement de leur impact sur la situation des créanciers chirographaires, mais aussi et surtout compte tenu de l'ampleur des conflits qu'ils peuvent soulever avec d'autres sûretés en cas de faillite ou liquidation des biens. Nous

²⁵⁰ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 153.

²⁵¹ Cela veut dire, en ce qui concerne le droit uniforme, par l'autorité législative, qu'il s'agisse de l'OHADA ou d'un Etat partie.

²⁵² V. Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 153 à 154.

n'examinerons dès lors que les privilèges du bailleur d'immeuble, du vendeur d'effets mobiliers et des frais de conservation.

Il convient de mentionner, avant de commencer l'examen de ces privilèges, que la numérotation de l'article 20 de la loi hypothécaire belge n'est point, à la différence de ce qui est dit à l'article 19 de la même loi, indicative du rang des privilèges. En cas de conflit, on se référera, pour la solution, aux articles 21 et suivants de la loi hypothécaire. Pour les autres cas, c'est-à-dire en cas de silence, le législateur s'en remet à la prudence du juge qui recherchera autant que possible, pour reconnaître la préférence de tel privilège sur tel autre, leurs « différentes qualités », selon la directive générale de l'article 13 de la loi hypothécaire²⁵³. Il s'agit là d'une tâche moins commode, surtout quand on sait que les conflits entre créanciers privilégiés spéciaux sur meubles sont fréquents et la jurisprudence hésitante et abondante.

Signalons, en outre, à toutes fins utiles, qu'au regard des articles 25 et 26 de la loi hypothécaire, les privilèges spéciaux priment, sauf exceptions, les privilèges généraux. L'article 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés va également dans ce sens.

Indiquons, enfin, que les considérations qui suivent n'ont pas pour objectif d'examiner en détail la portée des privilèges spéciaux sur meubles. Elles se limiteront à certains aspects spécifiques concernant la faillite ou liquidation des biens et qui montrent comment ces sûretés dérogent à l'égalité dans le concours.

1°. Le privilège du bailleur d'immeuble

Le privilège du bailleur est prévu par l'article 20, 1°, de la loi hypothécaire belge, modifié par la loi du 7 mars 1929. Il est nécessaire de se référer aussi, pour le bail à ferme, à l'article 9 de la loi du 15 avril 1884 sur les prêts agricoles, modifié lui aussi par la même loi du 10 mars 1929. Le législateur belge envisage deux sortes de baux : le bail des « maisons » et celui des « fermes ». Mais le privilège est attaché au bail de tout immeuble quelconque : habitation, ferme, bureaux, magasin, usine... L'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés l'organise à son article 111.

²⁵³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 119 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 100.

Ce privilège a bénéficié, en effet, de la faveur du législateur hypothécaire qui a multiplié à son égard les dispositions exorbitantes du droit commun, même si actuellement, les bailleurs préfèrent se prémunir contre l'insolvabilité du locataire par d'autres moyens, comme le paiement anticipé des loyers ou la fourniture d'une garantie locative²⁵⁴.

Le caractère exorbitant de la faveur reconnue au bailleur se manifeste, en droit belge, dans l'étendue de la créance garantie : le privilège garantit non seulement deux années échues de loyers, mais encore les loyers de l'année au cours de laquelle se produit le concours, et aussi ceux de l'année qui suit cette année.

Par « deux années échues », la loi entend viser les deux années qui précèdent l'année au cours de laquelle le privilège est invoqué et non une créance qui serait équivalente à un montant égal au loyer de deux années. La référence à « deux années » est une référence de durée et non de montant²⁵⁵.

De plus, si le bail a date certaine, le privilège s'étend à tous les loyers restant dus jusqu'à son expiration. Dans ce cas, les autres créanciers du preneur sont autorisés à relouer l'immeuble pour le restant du bail et à en percevoir le loyer (article 20, 1° de la loi hypothécaire).

Ce caractère exorbitant existe également, en droit uniforme, au niveau de l'étendue de la créance garantie : l'Acte uniforme garantit par ce privilège, contrairement à la loi belge, outre les dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués, les créances du bailleur contre le preneur pour les douze mois qui précèdent la saisie et pour les douze mois à échoir après celle-ci.

L'Acte uniforme se veut précis dans la réglementation de ce privilège. En effet, la nature des créances garanties inclut ici toutes les créances contre le preneur dérivant directement ou indirectement de l'exécution ou de l'inexécution du bail : loyers, charges locatives, réparations locatives effectuées par le bailleur et à la charge du preneur, indemnité d'occupation...

²⁵⁴ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 62 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 101.

²⁵⁵ V. A. M. STRANART, *ibid.*, p. 63 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 225. Le législateur français (article 621-31, alinéa 1^{er}, du Code de commerce) cantonne, par contre, le privilège aux deux dernières années de loyers, c'est-à-dire celles qui précèdent immédiatement le jugement et non, comme le voulait la règle antérieure, les deux dernières années échues (M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 529).

S'agissant de l'étendue des créances, on vient de voir que le délai est réduit par rapport au droit belge, car il s'agit des créances nées contre le preneur durant les douze mois échus avant la saisie et durant les douze mois échus après celle-ci. L'acte de saisie est donc capital : il constitue le privilège, définit l'étendue des créances garanties et détermine le rang du privilège en cas de concurrence entre plusieurs créanciers privilégiés sur les mêmes meubles si on se réfère à l'article 149-6° de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés²⁵⁶. Il va sans dire que dans ces conditions, le créancier a donc tout intérêt à pratiquer la saisie conservatoire le plus tôt possible.

Rien n'exclut, en pratique, en cas de faillite ou liquidation des biens, qu'un accord intervienne entre le curateur ou syndic et le bailleur, qui aboutirait soit au maintien du bail au profit de la masse avec paiement des loyers, soit à la résiliation à l'amiable du contrat avec remise du bien à la libre disposition du bailleur.

Le droit uniforme contient une disposition spécifique régissant le privilège du bailleur d'immeuble en cas de liquidation des biens. En effet, le régime du privilège du bailleur d'immeuble est différent selon que le bail est résilié ou non, au regard de l'article 98 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Cette disposition prévoit que le privilège garantit, que le bail soit résilié ou non, les douze derniers mois de loyers échus avant le jugement ouvrant la procédure collective et les douze mois suivant cette décision. Elle précise également que le bailleur est créancier contre la masse pour tous les loyers échus et pour les dommages-intérêts prononcés pour la période postérieure à la décision d'ouverture.

Au cas où le bail n'est pas résilié et si les sûretés qui lui avaient été accordées lors du contrat ne sont pas maintenues ou si celles qui lui ont été accordées après la décision d'ouverture sont jugées insuffisantes, il peut, dispose cet article, réclamer le paiement des loyers échus ou à échoir postérieurement à cette décision et exiger le paiement intégral et immédiat des loyers postérieurs à l'ouverture sans avoir à attendre leurs échéances.

²⁵⁶ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 165.

Cette disposition régleme enfin le cas où le bail n'est pas résilié et qu'il y a enlèvement des meubles garnissant les lieux loués. En ce cas, le bailleur a une double prérogative : il exerce son privilège comme si le bail était résilié et peut, en outre, demander la résiliation du bail qui est de droit²⁵⁷.

Le caractère exorbitant de la sûreté du bailleur est illustré encore par l'assiette de son privilège. En effet, le privilège repose sur une idée de gage tacite²⁵⁸. Ce que le preneur a introduit dans les lieux loués est supposé donné en nantissement au bailleur qui en a indirectement la « possession » par l'intermédiaire de son immeuble.

Le privilège s'exerce donc, au regard de l'article 20 précité, « *sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme* ». L'Acte uniforme pointe de manière précise « les meubles garnissant les lieux loués » (article 111, alinéa 1^{er}).

Il est ainsi précisé que le législateur belge entend par ces termes, les biens, meubles corporels, que le preneur a placés dans l'immeuble pour son usage et conformément à sa destination ; en d'autres termes, tout ce qui a un rapport normal avec l'utilisation et la jouissance de l'immeuble : mobilier, mobilier de bureau, outillage et matériel d'exploitation, matières, produits, marchandises, récoltes, bétail, ...²⁵⁹.

Ne sont pas, en revanche, grevés du privilège les meubles qui, bien qu'ayant été apportés dans l'immeuble loué, ne sont point destinés à le garnir parce que n'ayant pas de rapport avec l'occupation des lieux : bijoux personnels, argent, ...

Exorbitante encore du droit commun, et manifestation cette fois de la notion de gage tacite sur laquelle repose le privilège du bailleur, est la faculté reconnue à ce dernier d'exercer son privilège sur tous les meubles introduits dans les lieux loués, et même sur ceux qui n'appartiennent pas au preneur, à condition qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire que le bailleur n'ait pas eu connaissance de ce que le preneur n'était pas propriétaire de ces meubles²⁶⁰.

²⁵⁷ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 167.

²⁵⁸ *Idem*, p. 164. Les auteurs relèvent, à juste titre, qu'il s'agit là d'une image forcée plus qu'une réalité.

²⁵⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 227 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 103.

²⁶⁰ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 64 ; Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 166.

La bonne foi du bailleur est présumée sauf preuve contraire. Il appartient donc au '*verus dominus*' d'établir, par toutes voies de droit, que celui-ci avait connaissance de ce que les meubles introduits n'appartenaient pas au preneur. Cette connaissance est suffisante au point qu'aucun avertissement ne doit être donné. Il faut mais il suffit qu'elle existe au moment de l'introduction du bien dans l'immeuble²⁶¹. La connaissance peut être établie par présomption : le privilège du bailleur tombe dès lors que celui-ci 'pouvait' ou 'devait' savoir que le bien n'appartenait pas au preneur. Ces présomptions sont le plus souvent tirées de la profession du preneur²⁶².

Il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne le bail à ferme organisé par le législateur belge, la loi crée au profit du bailleur une assiette élargissant son privilège aux « fruits de la récolte de l'année ». Cette disposition se fonde non plus sur une idée de gage tacite (car le privilège s'exerce même sur la récolte qui ne se trouve plus dans la ferme louée) mais sur une idée de plus-value : c'est grâce au bailleur que la récolte a enrichi le preneur et augmenté le gage commun de ses créanciers. Ce qui explique que le privilège cesse d'exister si la récolte est aliénée²⁶³.

Au regard de ce qui précède, on peut aisément constater que le privilège du bailleur est d'une extrême fragilité, en ce qu'il est fondé sur une idée de gage tacite : il suffit, en effet, que les meubles qui garnissent les lieux loués soient déplacés hors de l'immeuble pour que le bailleur, perdant la possession, perde aussi son privilège.

C'est en vue de prévenir cette conséquence que le législateur a créé, au profit du bailleur, une forme particulière de saisie conservatoire, la saisie-gagerie²⁶⁴, et lui a reconnu un droit de suite strictement limité sur les meubles déplacés sans son consentement.

Force est de constater que la saisie-gagerie n'a pas été reprise par l'Acte uniforme sur les voies d'exécution. On note qu'elle se confond dorénavant avec la saisie conservatoire ou la saisie appréhension²⁶⁵.

²⁶¹ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 64 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 228.

²⁶² V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 104.

²⁶³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 229-230 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 104.

²⁶⁴ Elle a pour but et effet d'assurer la créance du bailleur pour les loyers échus en lui évitant la conséquence du déplacement des biens qui constituent l'assiette de son privilège. Elle est indépendante du privilège mais en favorise l'exécution. Elle est opposable à la masse lorsqu'elle est faite avant la faillite (voir I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 509).

Alors que la saisie-gagerie a pour objectif de prévenir le déplacement des meubles hors des lieux loués, ou de s'assurer une mainmise sur ceux-ci s'ils ont été matériellement déplacés sans quitter toutefois la possession du preneur, la saisie-revendication, pour sa part, prévue par l'article 20, 1°, dernier alinéa, de la loi hypothécaire, permet au bailleur d'exercer un véritable droit de suite sur les meubles déplacés de son locataire et qui se trouvent en la possession d'un tiers, lequel ne peut se prévaloir de l'article 2279 du Code civil.

Il s'agit là d'une protection particulièrement large accordée au bailleur. La saisie-revendication est, en effet, soumise, comme toute saisie conservatoire, aux conditions prévues par le droit commun, notamment les articles 1413 et suivants du Code judiciaire belge: l'autorisation préalable du juge des saisies est requise et le bailleur ne peut y recourir que « dans les cas qui requièrent célérité », c'est-à-dire si le recouvrement des loyers ou fermages est en péril.

Lorsque le déplacement est le fait du curateur, le bailleur ne sera pas tenu d'agir en revendication contre lui. En ce cas, son privilège passera sur le prix si le curateur a enlevé les meubles pour les vendre. Le prix de la vente reviendra au créancier, déduction faite des frais et honoraires du curateur relatifs à cette réalisation²⁶⁶.

Ainsi considéré, le privilège du bailleur peut engendrer des conflits avec d'autres sûretés, comme par exemple, le gage sur fonds de commerce et le privilège du vendeur d'effets mobiliers.

En ce qui concerne le concours entre le bailleur et le créancier gagiste sur fonds de commerce, on se rappellera que le privilège du créancier gagiste sur fonds de commerce a notamment pour assiette, en droit belge, « le mobilier de magasin et l'outillage » ainsi que (pour la moitié de leur valeur) « les marchandises en stock », en tout cas lorsqu'une clause du contrat de gage le prévoit expressément (article 2 de la loi belge du 25 octobre 1919). Ces mêmes biens sont aussi grevés, le cas échéant, du privilège du bailleur. On est ici en présence d'un concours entre deux créanciers non réglé par la loi.

²⁶⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 165.

²⁶⁶ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 509.

La Cour de cassation belge s'est prononcée, à cet égard, par un arrêt de principe du 11 juin 1982²⁶⁷, pour la règle de l'antériorité, la primauté de date devant s'apprécier en ce qui concerne le bailleur non par renvoi à la date certaine du bail mais par référence à celle à laquelle l'exécution du bail a pris cours et les meubles ont été introduits dans lieux loués²⁶⁸. Il reste qu'on peut se poser la question de savoir à partir de quel moment on doit considérer que « les meubles ont été introduits dans les lieux loués ».

En ce qui concerne le droit uniforme, nous pensons que la règle de l'antériorité pourrait y être reçue dans la mesure où le nantissement du fonds de commerce y est soumis à la publicité.

Quant au concours entre le bailleur et le vendeur d'effets mobiliers, on sait que lorsqu'un bien acheté par le preneur, impayé, est introduit dans les lieux loués, ce bien est grevé du privilège du vendeur, privilège spécial qui frappe la chose vendue, justifié par la plus-value apportée dans le patrimoine du débiteur. Intégré dans l'assiette du privilège du bailleur, le bien vendu est donc nécessairement l'enjeu d'un conflit.

L'article 23, alinéa 2, de la loi hypothécaire belge tranche ce conflit en prévoyant que le bailleur prime le vendeur à moins que ce dernier n'ait fait connaître au bailleur que le prix de l'objet vendu n'est pas intégralement payé²⁶⁹. Cette solution est, comme on peut le remarquer, à rapprocher de la règle qui intègre dans l'assiette du privilège du bailleur les biens dont le preneur n'est pas propriétaire, pour autant que le bailleur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore cette circonstance. Elle peut ainsi être défendue, en droit uniforme, sur cette base.

2°. Le privilège du vendeur d'effets mobiliers

On examinera respectivement le privilège du vendeur proprement dit (a) ainsi que d'autres garanties du vendeur impayé (b).

²⁶⁷ Cass., 11 juin 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 1171 ; *J.T.*, 1983, p. 235 et obs. Fr. GLANSBORFF, *J.C.B.*, 1983, p. 339 et obs. J. VERBIST, *R.C.J.B.*, 1985, p. 371 et ét. I. MOREAU-MARGREVE.

²⁶⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 233 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 106.

²⁶⁹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 234 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, pp. 106-107.

a) Le privilège du vendeur de meubles

On est ici en présence d'un privilège justifié par l'idée que le créancier a enrichi le patrimoine du débiteur, gage commun de tous, par l'apport d'un bien sur lequel il est dès lors équitable de lui reconnaître la préférence.

Contrairement aux privilèges fondés sur l'idée de gage, le privilège sous examen, justifié par une idée de plus-value, n'implique aucune possession de la chose par le créancier, mais disparaît dès son aliénation par le débiteur.

Le privilège du vendeur, prévu par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire belge, grève le bien vendu et est attaché à la créance de prix. Il s'en suit que si l'assiette du privilège est constituée par le bien vendu, la créance garantie, pour sa part, porte sur la créance de prix du vendeur, en principal et accessoires, tels les intérêts et les frais du contrat.

C'est cela qu'exprime également l'article 110 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, lorsqu'il dispose que « *le vendeur a, sur le meuble vendu, un privilège pour garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore en possession du débiteur, ou sur le prix encore dû par le sous-acquéreur* ».

Il convient de renseigner que l'article 546 du Code de commerce belge (abrogé par la loi du 8 août 1997 sur les faillites) privait le vendeur de son privilège, s'il avait déjà délivré le bien vendu, en cas de faillite de l'acheteur. Cette sanction était considérée comme paradoxale, car elle conduisait, en pratique, à supprimer le privilège chaque fois qu'il présentait une réelle utilité. Le législateur sacrifiait ainsi délibérément les fournisseurs des meubles à la masse des créanciers²⁷⁰.

Cela fut vivement critiqué²⁷¹ au point que le législateur de 1997 a renoncé à frapper de déchéance le privilège du vendeur en cas de faillite. C'est pourquoi la loi du 8 août 1997 sur les faillites, remplaçant l'ancienne législation, ne reprend pas le texte de l'article 546 du Code

²⁷⁰ V. J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », *R.C.J.B.*, 1973, p. 5 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 241 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, pp. 106-107.

²⁷¹ Sur l'essentiel de ces critiques, voir Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 242 et références citées ; J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », *ibid.*, pp. 9 et s.

de commerce. On admet dorénavant que, même s'il a déjà délivré le bien, le vendeur est en droit de faire valoir son privilège dans la faillite de l'acheteur.

Cette restauration du privilège des vendeurs impayés de meubles, si nombreux en cas de faillite, anéantit incontestablement le crédit chirographaire. Elle menace même le crédit privilégié, spécialement les privilèges généraux sur les meubles. Elle constitue une faveur accordée seulement aux fournisseurs des marchandises, alors que les prestataires de services n'en bénéficient pas, en dépit du fait que leurs activités reposent également sur le crédit et qu'ils sont aussi rarement payés au comptant.

Il aurait été plus équitable, au regard de ce qui précède, de maintenir le sacrifice des vendeurs de meubles qui ont livré avant l'ouverture de la procédure de faillite – comme c'est le cas encore actuellement en droit français²⁷² – en le tempérant par le sort favorable fait à la réserve de propriété.

Le privilège du vendeur ainsi consacré reste néanmoins soumis à certaines règles particulières, qui emportent sa déchéance dans certaines situations. Les effets de celle-ci ne sont point, on s'en doute, sans intérêt pour les créanciers en concours.

En effet, en rapport avec l'aliénation du bien vendu par l'acheteur, on se rappellera que les privilèges mobiliers n'emportent pas, en principe, droit de suite.

L'article 20, 5°, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire belge applique cette règle au privilège du vendeur, mais de façon incorrecte, à l'instar de l'article 110 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ces dispositions prévoient que le privilège ne s'exerce que si le bien vendu est « encore en la possession du débiteur ». Or, ce n'est pas de possession qu'il s'agit mais bien de propriété : le privilège est perdu lorsque le bien vendu est aliéné par l'acquéreur²⁷³.

Il est possible, toutefois, que le privilège du vendeur puisse, en cas d'aliénation, se reporter sur le prix encore dû par le sous acquéreur, par application de la théorie de la subrogation

²⁷² V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 543.

²⁷³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 242 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 107.

réelle²⁷⁴. Cette hypothèse est d'ailleurs expressément visée par l'article 110, *in fine*, de l'Acte uniforme précité.

Le privilège est, en outre, perdu lorsque la chose a subi des transformations matérielles : le bien vendu, qui ne peut plus être identifié et est méconnaissable, n'existe plus en tant que tel et le privilège n'a plus d'assiette²⁷⁵. C'est bien entendu la transformation physique du bien et non sa transformation juridique qui est un obstacle au privilège au point qu'une statue placée, par exemple, dans une niche, devenant immeuble par destination ne perd ni sa nature ni son identité et permet l'exercice du privilège²⁷⁶.

On peut, en effet, constater que cette condition n'est pas directement formulée par le législateur à propos du privilège. Mais elle est expressément prévue comme condition d'application du droit de revendication du vendeur impayé à l'article 20, 5°, alinéa 6, de la loi hypothécaire belge ainsi qu'aux articles 104 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et de la clause contractuelle de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur à l'article 101 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites et au regard de l'article 283 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. On estime qu'elle serait applicable par analogie²⁷⁷.

On critique pertinemment cette assimilation entre le privilège d'un côté, le droit de revendication et la clause de réserve de propriété d'autre part en se fondant sur la nature différente de ces institutions. En effet, relève-t-on, le privilège n'est rien d'autre qu'un droit de préférence sur un prix et dont l'exercice, même sur un bien transformé, ne saurait enrichir le vendeur qui ne recevra jamais plus que ce qui lui est dû²⁷⁸. D'ailleurs, le privilège est justifié par la plus-value du patrimoine de l'acheteur, peu importe la modification du bien vendu : l'acheteur reste enrichi et son patrimoine demeure valorisé tant que le bien vendu, même transformé, s'y retrouve²⁷⁹.

²⁷⁴ V. Bruxelles, 24 janvier 1964, *R.W.*, 1963-1964, col. 1511, cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 242. Lire également J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 107.

²⁷⁵ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 243.

²⁷⁶ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 161. Voir le cas d'immobilisation du bien vendu examiné ci-dessous pour la thèse contraire en droit belge.

²⁷⁷ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 243.

²⁷⁸ *Idem*, p. 243.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 244.

Une difficulté peut également surgir en cas d'immobilisation du bien vendu. L'on sait, en effet, que le privilège des articles 20, 5°, de la loi hypothécaire belge et 110 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés est un privilège mobilier. L'alinéa 2 de l'article 20 précité énonce le principe prévoyant que l'immobilisation du bien vendu par incorporation ou destination économique le supprime. Le bien s'intègre alors dans l'assiette des hypothèques, conformément à l'article 45 et le législateur a entendu éviter le conflit entre créancier hypothécaire et vendeur en sacrifiant celui-ci à celui-là dans le but de consolider le crédit immobilier²⁸⁰.

Cette règle connaît cependant une exception : le vendeur de « machines, appareils, outillage et autre matériel d'équipement professionnel employés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales » conserve son privilège, malgré l'immobilisation du bien vendu, par incorporation ou par destination économique, s'il a veillé à en assurer la publicité par le dépôt de la facture au greffe du tribunal de commerce du domicile de l'acheteur dans les quinze jours de la livraison (article 20, 5°, alinéa 3). L'accomplissement de cette formalité assure le maintien du privilège, qualifié de « privilège industriel » pendant cinq ans.

b) D'autres garanties du vendeur impayé

Le vendeur impayé jouit, en dépit de ces règles organisant certaines déchéances, d'autres garanties dont les créanciers chirographaires ne bénéficient point. Il en est ainsi du droit de rétention, du droit de revendication, du droit de résolution, de la clause de réserve de propriété et du stoppage *in transitu*.

• Le droit de rétention

Il est admis que le vendeur impayé est en droit de retenir le bien vendu tant qu'il est en sa possession et d'en refuser la livraison à l'acheteur²⁸¹.

Cette règle, qui constitue un exemple d'application du principe général du droit de rétention, est énoncée à l'article 1612 du Code civil belge ainsi que par les articles 105 et 280 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal, pour ne citer que ce pays, et est rappelée,

²⁸⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 244.

²⁸¹ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1991, n° 110, p. 518.

en cas de faillite ou liquidation des biens de l'acheteur, par les articles 106 de la loi belge sur les faillites et 104 et 108 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Le droit de rétention est néanmoins une sûreté incomplète, en droit belge, car il ne confère à son titulaire aucune préférence sur le bien retenu : il est impuissant à dénouer le contrat de vente qui subsiste et dont seule l'exécution se trouve entravée. Il est, en revanche, considéré, en droit uniforme, comme une sûreté complète et achevée.

Mais cette difficulté n'est pas à craindre, en droit belge, en ce qui concerne la vente, car il suffit au vendeur, pour sauvegarder efficacement ses droits, de se prévaloir de son privilège ou demander, comme on le verra ci-dessous, la résolution judiciaire du contrat, à laquelle le curateur ne saurait se soustraire.

On sait déjà que le curateur ou syndic est en droit d'exiger la livraison du bien vendu, pourvu qu'il en paye le prix. Dès lors, la rétention ne se justifie plus et le vendeur ne saurait s'en plaindre puisqu'il sera intégralement payé²⁸².

- **Le droit de revendication du vendeur impayé**

On considère que c'est en vue de renforcer l'efficacité du privilège que l'article 20, 5°, alinéa 6, de la loi hypothécaire reconnaît au vendeur impayé, en cas de vente au comptant, le droit de « revendiquer les objets vendus » dans les huit jours de la livraison²⁸³.

La revendication ne saurait avoir pour objet la propriété du bien vendu, qui est et reste acquise à l'acheteur. Elle ne porte donc que sur sa possession que le vendeur entend recouvrer. Il s'agit, ni plus ni moins, d'une mesure conservatoire destinée à empêcher la revente du bien vendu par l'acheteur, qui entraînerait la perte du privilège.

Remarquons également qu'en recouvrant la possession du bien vendu, le vendeur est de nouveau à même d'exercer le droit de rétention et peut intenter utilement, malgré le concours des créanciers, l'action en résolution de la vente²⁸⁴.

²⁸² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 246.

²⁸³ *Idem*, p. 247.

La revendication du vendeur impayé constitue une forme de saisie conservatoire, spécialement et expressément ouverte au vendeur et est, à ce titre, soumise aux articles 1462 et suivants du Code judiciaire belge et 227 à 235 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution, qui règlent la procédure de saisie-revendication.

L'action en revendication, réservée au vendeur au comptant et soumise à un délai très court, est perdue pour le vendeur (comme le privilège) en cas d'aliénation ou de transformation du bien et est suspendue en cas d'ouverture d'une procédure collective pour cause de cessation de paiement.

- **Le droit de résolution**

Un droit de résolution de la vente est également reconnu au vendeur impayé. La résolution, judiciaire (articles 1184 et 1654 du Code civil belge) ou conventionnelle, du contrat de vente aboutit, par la mise à néant de la vente, à la restitution du bien vendu, qui se trouve ainsi soustrait à l'emprise des créanciers de l'acheteur.

Certes, le vendeur est en droit de faire valoir son privilège mais il peut craindre que le bien soit vendu à mauvais prix, sur saisie ou après faillite, par exemple. L'on ne perdra pas de vue, toutefois, qu'aux termes de l'article 26 de la loi sur les faillites, le tribunal de commerce peut lui imposer un moratoire d'un an ou plus.

La résolution judiciaire ou conventionnelle de la vente, malgré le concours, est admise lorsque le vendeur est encore en possession du bien vendu. Elle est exclue, par contre, dès naissance du concours, si le vendeur a déjà délivré le bien²⁸⁵.

L'article 20, 5°, alinéa 7, de la loi hypothécaire, qui dispose que « *la déchéance de l'action en revendication emporte également celle de l'action en résolution, à l'égard des autres créanciers de l'acheteur* », justifie la sanction. L'on admet pourtant que l'action en revendication est refusée au vendeur à terme, qui ne pourra donc agir en résolution. S'agissant

²⁸⁴ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 247.

²⁸⁵ La Cour de cassation belge a ainsi refusé au vendeur impayé le droit de se prévaloir de la résolution de la vente en cas de faillite de l'acheteur (cass., 21 mars 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 139, cité par Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 250).

du vendeur au comptant, il est déchu de l'action en revendication huit jours après la livraison : il en sera donc de même, passé ce délai, pour l'action en résolution²⁸⁶.

Ce qui revient à dire que l'action en résolution ne serait intentée avec succès, malgré le concours des créanciers, qu'en cas de vente au comptant et à condition que le vendeur ait actionné l'acheteur dans la huitaine.

On admet, bien que l'article 20, 5°, alinéa 7 précité ne vise que l'action en résolution, qu'il s'applique aussi, par identité de motif, à la mise en œuvre de la clause résolutoire expresse²⁸⁷.

La faillite ou tout autre concours n'exclut pas, en définitive, le droit à la résolution du vendeur impayé²⁸⁸. De même, la résolution judiciaire, prononcée après faillite ou la naissance de toute situation de concours sera même efficace si l'action a été introduite antérieurement : le jugement aura effet rétroactif à la date de l'assignation et le demandeur pourra exiger restitution du bien vendu.

La même logique conduit, estime-t-on, à admettre la mise en œuvre de la clause résolutoire jusqu'à naissance du concours²⁸⁹. L'on note ainsi, s'agissant du droit uniforme, que la résolution demeure possible ou valable, si une procédure collective est ouverte, si elle a été demandée et obtenue ou constatée avant le jugement d'ouverture de la cessation de paiement ; si elle a été prononcée ou constatée après le jugement mais demandée avant lui ; si elle est demandée après le jugement d'ouverture après mise en demeure du syndic, restée vaine durant trente jours, d'exercer son option de poursuivre l'exécution du contrat ou de fournir la prestation promise sous peine de résolution de plein droit²⁹⁰.

- **La clause de réserve de propriété**

Le vendeur impayé peut aussi trouver une protection dans la clause de réserve de propriété. Il est, en effet, généralement admis que la vente est parfaite, c'est-à-dire que le transfert de

²⁸⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 250.

²⁸⁷ *Idem*, p. 251.

²⁸⁸ Dans ce sens, Bruxelles, 28 février 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 142 et Liège, 16 juin 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1115. Lire également, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1997, p. 378.

²⁸⁹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 251.

²⁹⁰ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp. 160-161.

propriété du bien vendu est acquis, dès qu'il y a accord sur la chose et le prix ou, s'il s'agit d'une chose de genre, dès spécification.

Il arrive parfois que le vendeur insère dans le contrat de vente une clause de réserve de propriété. Il est alors convenu, dans ce cas, que l'acheteur ne deviendra propriétaire du bien vendu qu'après paiement intégral du prix.

Cette clause se trouve reprise souvent dans les conditions générales de vente reproduites sur le bon de commande et la facture. Elle est licite, car aucune règle d'ordre public n'empêche les parties de régler différemment le moment et les modalités du transfert de propriété du bien vendu.

Mais sous l'empire de l'ancien droit et sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation, la jurisprudence belge avait rejeté l'opposabilité de clauses de réserve de propriété qui déséquilibrait l'égalité voulue entre créanciers. Il était ainsi unanimement admis, depuis les arrêts de la Cour de cassation du 9 février 1933²⁹¹, qu'elle ne pouvait être opposée aux créanciers de l'acheteur dès naissance du concours sur le bien vendu, par exemple en cas de saisie du bien, de faillite de l'acheteur ou de concordat judiciaire de l'acheteur, du moins lorsque le vendeur n'était plus en possession du bien vendu²⁹².

La principale raison en était que les droits du vendeur impayé en concours avec les autres créanciers de l'acheteur sont réglés limitativement par les dispositions d'ordre public de l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire. Le vendeur ne saurait, par une clause du contrat de vente, y déroger en se ménageant une garantie qu'elles ne prévoient pas²⁹³. L'on admettait, en revanche, que le vendeur pouvait utilement invoquer la clause de réserve de propriété s'il s'en était prévalu, de façon certaine, avant la naissance du concours.

Les articles 101 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites et 29 et 30 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire autorisent dorénavant la mise en œuvre par le vendeur impayé de la clause de réserve de propriété en dépit de la faillite ou de l'ouverture d'une procédure en concordat judiciaire de l'acheteur.

²⁹¹ Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103.

²⁹² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 253 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 528.

²⁹³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 253.

Cette clause est opposable au curateur en cas de faillite moyennant respect de certaines conditions²⁹⁴ prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 101 de la loi sur les faillites : il faut qu'elle ait été convenue par écrit avant livraison (mais il suffit qu'elle figure sur un bon de commande, un devis, une liste de prix, un bon de livraison, ...) ; les biens vendus « doivent se retrouver en nature » dans l'actif inventorié (la clause sera donc écartée si les biens sont devenus immeubles par incorporation, ce qui paraît aller de soi, ou « confondus à un autre bien meuble », ou encore s'ils ont été transformés).

Pour s'en prévaloir, le vendeur doit pouvoir exercer « l'action en revendication » avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances. L'article 108 de la loi sur les faillites, qui autorise le curateur à accepter, avec l'approbation du juge-commissaire, une demande de revendication formée amiablement, écarte l'exigence d'une procédure judiciaire.

Il en résulte que la clause de réserve de propriété a, en cas de faillite, dans le champ d'application ainsi circonscrit, tous les effets d'une sûreté réelle. Les conséquences suivantes en découlent²⁹⁵ : la propriété réservée devient l'accessoire de la créance de prix et, en cas de revente par l'acheteur, le prix de revente se substitue à la chose en application du principe de subrogation réelle. En outre, le paiement du prix par le curateur conduit à en refuser l'exercice au vendeur.

En définitive, le vendeur avec réserve de propriété reste donc propriétaire au sens propre du terme, ce qui signifie notamment que ses créanciers pourront pratiquer une saisie sur le bien ou, encore, que le vendeur pourrait aliéner le bien. Sauf clause conventionnelle contraire, le risque de la perte du bien repose également sur le vendeur par application de l'article 1138 du Code civil²⁹⁶.

Dans les autres cas de concours, par contre, faute de texte exprès, le vendeur ne peut opposer la clause de réserve de propriété aux autres créanciers de l'acheteur²⁹⁷.

²⁹⁴ Voir pour de plus amples informations, Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 254 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, pp. 529 et s.

²⁹⁵ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 254-256 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, pp. 532 et s.

²⁹⁶ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 529.

²⁹⁷ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 255.

Cette clause, prévue par les articles 283 et 284 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, ne peut que bénéficier au vendeur impayé, en droit uniforme également, en cas de concours découlant de la procédure de liquidation des biens du débiteur moyennant non seulement respect des conditions ci-dessus mentionnées, mais aussi, de manière particulière, sa publication.

- **Le *stoppage in transitu***

L'article 104 de la loi belge sur les faillites prévoit enfin que les marchandises expédiées au failli pourront être revendiquées tant que la tradition n'en aura pas été effectuée dans ses magasins. Il s'agit ici d'une revendication entre les mains du transporteur, en rapport avec le *stoppage in transitu*.

Cette disposition vise donc les biens dont le vendeur s'est dessaisi, mais qui ne sont pas encore parvenus entre les mains de l'acheteur au jour de la faillite : ils sont sur bateau, sur camion, ... Elle permet au vendeur d'en revendiquer non la propriété, qui est acquise à l'acheteur *solo consensu* ou en tout cas, s'il s'agit de la vente de choses de genre, dès la spécification, mais la possession, ce qui lui permet de retrouver l'exercice du droit de rétention qu'il avait perdu²⁹⁸.

Mais la Cour de cassation belge a décidé, par un arrêt du 18 novembre 1971²⁹⁹, que le *stoppage in transitu* n'existe qu'en cas de faillite de l'acheteur, non dans d'autres hypothèses de concours comme par exemple le concordat judiciaire. Il sera donc refusé au vendeur avant le jugement déclaratif, même si l'acheteur est en état virtuel de cessation de paiement.

On admet, néanmoins, que les marchandises délivrées après le prononcé de la faillite échappent au dessaisissement : le curateur doit les restituer au vendeur ou, s'il opte pour le maintien de la vente, devient débiteur de leur prix qui accède au rang des créances de la masse³⁰⁰.

²⁹⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 248.

²⁹⁹ Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 262.

³⁰⁰ En ce sens, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1984, n° 90, p. 534 ; J. VAN RYN et HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 338.

Il apparaît de ce qui précède que le privilège reconnu au vendeur impayé de meubles n'est qu'une des garanties que lui accorde la loi pour protéger sa créance, car d'autres moyens de protection lui sont offerts pour renforcer ses chances d'être payé. Tous ces mécanismes de protection conduisent dès lors à l'affaiblissement de l'égalité des créanciers dans le concours. Ils montrent, en outre, que la situation dudit vendeur ne peut en rien être comparable à celle du créancier chirographaire en cas de faillite ou liquidation des biens.

3°. Le privilège des frais de conservation

Les articles 20, 4°, de la loi hypothécaire belge et 116 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés accordent un privilège aux « frais faits pour la conservation de la chose ».

La justification de ce privilège est, en effet, limpide³⁰¹ : celui qui, par son intervention, a contribué à la conservation d'un élément du patrimoine du débiteur, gage commun de ses créanciers, sera préféré, pour le recouvrement des frais ainsi consentis dans l'intérêt de tous, sur le bien conservé.

Il s'agit donc d'un privilège qui repose, comme le privilège du vendeur, sur l'idée de plus-value – plus précisément de conservation de valeur. Il a également pour conséquence de soustraire son titulaire à l'effet du concours.

En ce qui concerne les créances garanties, la Cour de cassation belge a donné de cette notion de « frais faits pour la conservation de la chose » une définition extensive : il s'agit, en effet, de « toutes les dépenses sans lesquelles la chose eût péri, totalement ou partiellement », – acception restrictive des termes de l'article 20, 4°, de la loi hypothécaire traditionnellement retenue auparavant – ou « serait à tout le moins devenue impropre à l'usage auquel elle est destinée »³⁰².

L'assiette du privilège couvre, pour sa part, le bien conservé. En effet, aucune condition particulière n'est requise quant à la nature et au caractère de la chose conservée. Il peut s'agir

³⁰¹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 260.

³⁰² Cass.(1^{er} ch.), 9 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 641 ; P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1979, p. 420. La doctrine va dans ce sens en droit uniforme lorsqu'elle considère que les frais visent aussi bien les frais engagés pour conserver la chose que des fournitures de biens ou de service (Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 155).

d'une chose corporelle ou incorporelle. Observons, à cet égard, qu'étant donné que le privilège des frais de conservation constitue un privilège mobilier, il ne peut grever les immeubles. La chose conservée doit donc être une chose mobilière, corporelle ou incorporelle.

Une précision, qui n'est pas donnée en droit uniforme, mérite d'être signalée en ce qui concerne le droit belge : le privilège peut être maintenu pendant cinq ans, malgré l'immobilisation par incorporation ou destination économique du bien, pourvu qu'il s'agisse d'un bien d'équipement professionnel et pour autant que, dans la quinzaine des fournitures ou travaux, copie certifiée conforme de la facture des frais de conservation ait été déposée au greffe du tribunal de commerce du domicile du débiteur (article 20, 5°, alinéas 2 et 3, de la loi hypothécaire). Il y a évidemment ici risque de conflit avec le créancier hypothécaire. Le conservateur l'emportera pour le simple fait que sans son intervention, le bien aurait péri³⁰³.

Il convient d'indiquer, en outre, que le privilège du conservateur ne peut exister pour la conservation du patrimoine en son entier étant donné que c'est un privilège spécial qui ne peut grever que des biens déterminés; il ne saurait dès lors s'étendre à l'universalité d'un patrimoine³⁰⁴.

Quant au rang du privilège des frais de conservation, il est fixé par les articles 22 de la loi hypothécaire et 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Aux termes de l'alinéa 2 de cet article 22, ce privilège l'emporte sur tous les privilèges antérieurs, généraux ou spéciaux. En effet, les frais ont, estime-t-on, sauvegardé la chose et assuré ainsi la réalisation des sûretés dont elle était grevée : il est juste que celui qui les a consentis ait priorité pour leur remboursement. C'est avec raison d'ailleurs qu'il est relevé qu'en application de la règle, si des frais ont été exposés successivement par plusieurs créanciers relativement à une même chose, la créance la plus récente l'emportera³⁰⁵.

Le privilège des frais de conservation a priorité, même s'ils lui sont postérieurs, sur tous les privilèges généraux sur meubles, sauf le privilège des frais funéraires (article 22, alinéa 2). Il

³⁰³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 345.

³⁰⁴ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 155 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 71 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 263 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 113.

³⁰⁵ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 267.

y a là application de la règle de l'article 26 : les privilèges généraux sont primés par les privilèges spéciaux.

En revanche, le privilège des frais de conservation est primé par les privilèges spéciaux sur meubles qui lui sont postérieurs. Dans ce cas, les créanciers n'ont aucun intérêt à l'intervention antérieure du conservateur : si la chose avait été perdue, ils auraient exigé d'autres sûretés ou renoncé à traiter avec le débiteur. Mais cette explication reste en tout cas critiquable, car la chose a tout de même été conservée et les créanciers postérieurs ont incontestablement tiré profit de cette conservation³⁰⁶.

Il est, en outre, primé, en tout état de cause, par les privilèges des frais de justice (article 17) et de l'assureur (articles 23, alinéa 2, de la loi du 11 juin 1874, et 60, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992) qui sont tout à fait prioritaires³⁰⁷.

Il y a lieu de noter enfin qu'il occupe une place de choix en droit uniforme. En effet, ce privilège n'est primé ici que par le privilège des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix (article 149 de l'Acte uniforme précité). Sa position est donc très confortable par rapport à celle des créanciers chirographaires. L'on notera toutefois que s'il est opposé à des créanciers postérieurs à son intervention, le conservateur rejoint le rang de tous les créanciers munis d'un privilège spécial et ce, conformément à l'article 149-6° de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Il découle de l'étude de ces différents privilèges spéciaux sur meubles qu'ils sont qualifiés spéciaux puisqu'ils portent toujours sur un meuble déterminé ou sur un ensemble de biens meubles déterminé par le législateur pour garantir des créances bien définies. Ils constituent des droits de préférence – et dès lors déroge à l'égalité dans le concours – que la loi accorde à certains créanciers jugés par elle dignes d'intérêt et de protection par rapport aux créanciers chirographaires, voire à certains créanciers munis de sûretés réelles, comme l'illustre bien le privilège du conservateur en droit uniforme.

³⁰⁶ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 267.

³⁰⁷ *Idem*, p. 267.

C. Privilèges spéciaux sur immeubles

On précisera d'emblée que cette étude relative aux privilèges spéciaux sur immeubles ne se limitera qu'au droit belge qui les organise encore, car le droit uniforme ne réglemente les privilèges spéciaux qu'en matière mobilière, les privilèges spéciaux sur immeubles ayant été transformés, dans les Etats membres de l'OHADA, par les décrets fonciers de l'époque coloniale, en hypothèques forcées³⁰⁸, que nous examinerons dans nos considérations ci-dessous relatives aux hypothèques. Il va sans dire dès lors que ce sont ces dernières qui accentuent, en droit uniforme, l'affaiblissement de l'égalité dans le concours.

Les privilèges spéciaux sur immeubles sont ceux qui confèrent droit de préférence (et droit de suite) au créancier sur un ou plusieurs immeubles déterminés du débiteur. Ils trouvent leur fondement dans l'idée que l'immeuble grevé doit sa présence ou sa conservation (ou encore son amélioration) dans le patrimoine du débiteur à l'intervention du créancier³⁰⁹. C'est pourquoi la créance privilégiée a pour contrepartie l'enrichissement du débiteur, la plus-value apportée à un élément de son patrimoine immobilier, ce dont profitent l'ensemble de ses créanciers³¹⁰.

Ils sont dits spéciaux parce qu'ils garantissent des créances déterminées et portent sur certains immeubles aussi déterminés.

Ils peuvent être rapprochés des hypothèques légales. En effet, comme celles-ci, ils sont créés par la loi. Ce sont des sûretés immobilières qui n'entraînent pas dépossession du débiteur, ne sont opposables aux tiers qu'après publicité instrumentaire et confèrent droit de suite au créancier. Comme les hypothèques, ils peuvent être qualifiés de droits réels³¹¹.

Les privilèges spéciaux sur immeubles ne peuvent cependant être confondus avec les hypothèques pour plusieurs raisons³¹² :

³⁰⁸ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 153.

³⁰⁹ *Idem*, p. 334.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 334.

³¹¹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 334.

³¹² *Idem*, p. 335.

- Partant du fondement des privilèges immobiliers spéciaux, l'on peut constater que si le législateur a institué ces derniers en considération de la nature de la créance garantie, dont il a entendu favoriser le recouvrement, il n'en est pas ainsi pour les hypothèques légales qui sont des faveurs personnelles justifiées par la qualité du créancier que le législateur a jugé digne d'une protection particulière. La sûreté est donc accordée à tel créancier (ou telle catégorie de créanciers) et garantit en principe toutes les dettes du débiteur envers le créancier.
- Les privilèges immobiliers spéciaux se distinguent des hypothèques par leur rang : ils priment les hypothèques en vertu de l'article 12 de la loi hypothécaire.
- La publicité des privilèges immobiliers spéciaux est assurée, selon le cas, par inscription ou transcription, alors que seule l'inscription assure la publicité des hypothèques.

L'article 27 de la loi hypothécaire, qui constitue la base légale des privilèges immobiliers spéciaux, en énumère six. Le législateur belge a pris soin d'indiquer, pour chacun d'eux, le ou les immeubles grevés et la ou les créances garanties. On constatera d'ailleurs que les privilèges qui se greffent sur le transfert de propriété d'un immeuble (article 27, 1° à 4°, de la loi hypothécaire) ne sont par ailleurs accordés que si le montant ou l'estimation des créances garanties est liquidé dans l'acte de transfert (articles 30, 32 et 33 de la loi hypothécaire).

Le législateur fait donc, en ce qui concerne les privilèges du vendeur d'immeuble (article 27, 1°), du copermutant (article 27, 2°), du donateur (article 27, 3°) et du copartageant (article 27, 4°), une application scrupuleuse du principe de spécialité³¹³, contrairement au privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers (article 27, 5°).

Les privilèges spéciaux sur immeubles sont soumis à publicité pour être opposables aux tiers. Celle-ci est assurée, on vient de le dire, soit par transcription, soit par inscription.

La publicité par transcription vise, en effet, les quatre premiers privilèges repris dans l'article 27 de la loi hypothécaire. Ces privilèges naissent ainsi d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers : vente, échange, donation ou partage, lesquels actes doivent être d'ailleurs transcrits (article 1^{er} de la loi hypothécaire).

³¹³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 336.

Aussi convient-il de souligner que le législateur, dans le but de réduire les formalités imposées aux parties, a profité de cette publicité première en lui faisant produire un effet supplémentaire : elle assurera en même temps la publicité du privilège attaché à la créance de l'aliénateur, pour autant que l'acte indique que cette créance est encore due (article 30 à 33).

Mais, pour des raisons de commodité, le conservateur a l'obligation d'inscrire d'office le privilège que révèle l'acte transcrit dans le registre des inscriptions (article 35). De cette façon, la recherche des charges qui grèvent l'immeuble, qu'il s'agisse d'hypothèques ou de privilèges immobiliers spéciaux, se trouve facilitée : la consultation du registre des inscriptions suffira³¹⁴.

Pour ces actes qui sont susceptibles d'engendrer un privilège, le législateur a prévu un mode original de déchéance du privilège : c'est la clause de dispense d'inscription d'office (article 36, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire). En effet, pour assurer le caractère complet du registre des inscriptions, le législateur fait devoir au conservateur des hypothèques de prendre inscription d'office de ces privilèges ; le conservateur a là un rôle actif sanctionné par sa responsabilité envers les tiers qui subiraient un dommage du fait de sa négligence³¹⁵.

Les conséquences de cette clause sont graves puisque le privilège dégénère automatiquement en une hypothèque légale et l'action en résolution du droit commun est paralysée au bénéfice des tiers (article 36, alinéa 2). Le créancier peut requérir à tout moment l'inscription de l'hypothèque que le texte lui reconnaît dans ce cas et celle-ci ne prendra rang que du jour de son inscription. La situation du créancier est dorénavant moins favorable : l'hypothèque légale subsidiaire qui lui est accordée est notamment primée par les hypothèques qui auraient été inscrites entre-temps sur l'immeuble à charge de l'acquéreur³¹⁶.

On observera également que même si l'action en résolution diffère du privilège, elle conduit néanmoins, pour les tiers, au même résultat pratique. Le privilège confère à l'aliénateur un droit de suite qui prime les droits réels que l'acquéreur aurait consentis sur l'immeuble. Par son effet rétroactif, la résolution, qui met à néant le droit de propriété de l'acquéreur, détruit

³¹⁴ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 338.

³¹⁵ V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 112.

³¹⁶ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 339.

ces mêmes droits réels : l'aliénateur recouvre l'immeuble, quitte et libre des charges qui le grevaient du fait de l'acquéreur³¹⁷.

C'est pour cette raison que le législateur a lié le sort de l'action en résolution à celui du privilège : l'extinction du privilège (et particulièrement sa déchéance en cas de dispense d'inscription d'office) entraîne l'inopposabilité de l'action résolutoire aux tiers qui, avant son intentement, ont acquis un droit réel sur l'immeuble (article 28 de la loi hypothécaire). Le créancier ne dispensera donc le conservateur de prendre inscription d'office que s'il n'a aucune crainte quant au paiement de ce qui lui est dû, notamment si d'autres sûretés lui ont été consentis³¹⁸.

La publicité par inscription, quant à elle, ne concerne que le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers de l'article 27, 5°, de la loi hypothécaire. Ce privilège est, en effet, assuré par l'inscription des procès-verbaux dressés avant et après travaux, qui en assure la conservation.

Remarquons enfin que la cession ou l'engagement d'une créance garantie par un privilège spécial sur immeuble doit faire l'objet d'une publicité par mention marginale.

En somme, l'exécution de ces différents privilèges aussi bien mobiliers qu'immobiliers reconnus à certains créanciers ne peut qu'avoir une conséquence néfaste sur la situation des créanciers chirographaires, dans la mesure où elle entraîne inévitablement la réduction du gage commun de ces créanciers soumis totalement au concours. La préférence leur reconnue entraîne, quant à elle, l'affaiblissement de l'égalité dans le concours.

Voyons maintenant comment les hypothèques accentuent, à leur tour, ce phénomène.

³¹⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 339.

³¹⁸ *Idem*, p. 339.

§3. Les hypothèques

A. Notions générales

L'article 41 de la loi hypothécaire belge définit l'hypothèque comme un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. L'article 117 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés la définit également comme une sûreté réelle immobilière conventionnelle ou forcée, qui confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence.

Comme on peut le constater, la définition donnée par le législateur belge est techniquement correcte même si elle n'explique pas, contrairement à celle énoncée par l'article 117 de l'Acte uniforme précité, ce qu'est le « droit réel » créé, qui se caractérise, on s'en doute, par l'absence de dépossession du débiteur et le droit de suite du créancier, qui en est le corollaire nécessaire³¹⁹.

Nous retiendrons, pour la suite de notre analyse, la définition suivante pour sa clarté³²⁰ : « l'hypothèque est un droit réel immobilier, accessoire d'une créance, qui n'entraîne pas dépossession du débiteur et permet au créancier hypothécaire de se faire payer sur le prix de réalisation de l'immeuble grevé, en quelques mains qu'il se trouve, par préférence aux autres créanciers ». Elle a l'avantage de mettre en lumière les caractères réel, accessoire, immobilier et indivisible de l'hypothèque.

En effet, l'hypothèque constitue un droit réel, qui confère à son titulaire, comme toute sûreté réelle, un droit sur la chose grevée. L'on sait que le débiteur hypothécaire reste en possession de l'immeuble dont il conserve l'usage et les revenus (et même la libre disposition car l'hypothèque ne fait pas obstacle à la vente). Il ne s'agit pas ici cependant du droit réel de possession, comme pour le gage, même si l'hypothèque est constitutive d'un droit réel.

Il en résulte que l'hypothèque n'est pas, contrairement à d'autres droits réels, comme l'usufruit ou l'emphytéose, un démembrement du droit de propriété. Elle ne confère ainsi au

³¹⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 279.

³²⁰ *Idem*, p. 279 ; dans le même sens, J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 116.

créancier aucune jouissance de l'immeuble hypothéqué et ne réduit pas l'exercice du droit de propriété, qui demeure entier. Le droit réel d'hypothèque confère cependant au créancier des prérogatives qui se traduisent par le droit de préférence et le droit de suite.

Comme toute sûreté réelle, l'hypothèque implique droit de préférence du créancier sur le prix de réalisation de l'immeuble. En outre, le droit réel, contrairement aux privilèges mobiliers, même spéciaux, qui ne survivent pas à l'aliénation ou au déplacement du bien grevé, est attaché à la chose et la suit en quelques mains qu'elle se trouve. Il est, en tant que tel, opposable *erga omnes*.

C'est précisément le cas de l'hypothèque qui confère droit de suite au créancier, lequel pourra saisir et faire vendre l'immeuble hypothéqué même après aliénation, à charge du tiers acquéreur³²¹. L'article 41, alinéa 3, de la loi hypothécaire belge est d'ailleurs très précis à ce sujet lorsqu'il prévoit que l'hypothèque « suit » l'immeuble « en quelques mains qu'il passe ».

Tout ceci montre clairement combien le titulaire de l'hypothèque est soustrait au concours. L'hypothèque fait ainsi incontestablement exception à la règle de l'égalité entre créanciers et conduit manifestement à la réduction considérable de l'actif du débiteur au détriment des créanciers chirographaires.

On a vu ci-dessus que l'hypothèque constitue un droit réel sur les immeubles, affecté à l'acquittement d'une obligation. Il en découle qu'il n'est pas possible de constituer une hypothèque s'il n'y a pas de créance à garantir. Ainsi, comme toute sûreté, l'hypothèque constitue un droit accessoire d'un autre droit, la créance qu'elle garantit. C'est pour cette raison que³²² :

- l'hypothèque suit le sort de la créance garantie à telle enseigne qu'elle s'éteint en cas d'extinction de cette créance ;
- si la créance garantie est productive d'intérêts, ceux-ci sont couverts par l'hypothèque ;

³²¹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 281 ; Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 195.

³²² Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 282-283 ; J.-L. LEDOUX, *Les sûretés réelles. Chronique de jurisprudence 1994-2002*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2003, p. 120.

- la cession de la créance garantie entraîne celle de l'hypothèque, qui change ainsi de titulaire ;
- l'hypothèque ne peut être cédée à part de la créance garantie même si le créancier hypothécaire peut céder son rang à un autre créancier hypothécaire.

Le souci de protéger les tiers est à la base de la question de l'antériorité de l'hypothèque à la dette, qui a été posée en ces termes : l'hypothèque peut-elle garantir une créance future ? La doctrine relative au droit uniforme donne une réponse nuancée à cette question. Elle note, en effet, qu'il n'est pas admis, en principe, que le propriétaire d'un immeuble puisse constituer une hypothèque sur son bien pour garantir une créance future. Cependant, poursuit-elle, si la créance existe en germe ou est virtuelle, c'est-à-dire si elle existe mais est affectée d'une modalité ou, mieux encore, demeure éventuelle, une hypothèque peut être constituée pour la garantir³²³.

L'article 51bis inséré par la loi belge du 13 avril 1995 dans la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire se prononce expressément sur la question – mettant ainsi fin aux controverses doctrinales³²⁴ – en permettant la constitution d'une hypothèque conventionnelle « pour sûreté de créances futures », pour autant qu'à la date de la constitution, « les créances soient déterminées ou déterminables ».

Il y a lieu de remarquer que quoique l'hypothèque soit l'accessoire d'une créance, c'est-à-dire d'un droit en principe mobilier, l'hypothèque est un droit immobilier en raison de la nature des biens qui en sont l'assiette : seuls les immeubles, ou plus exactement les droits réels immobiliers, sont susceptibles d'hypothèque. Mais il est admis en droit belge que l'hypothèque ne grève pas seulement l'immeuble lui-même mais tous ses accessoires, dès lors qu'ils sont eux-mêmes immobiliers (articles 45, alinéa 2, de la loi hypothécaire belge).

L'article 119, alinéa 2, 1^o-2^o, de l'Acte uniforme n'est pas très explicite quant à ce, mais l'on considère que les immeubles par destination ne sont susceptibles d'hypothèque qu'ensemble

³²³ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 184.

³²⁴ V. J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, pp. 147 et s. Le droit belge se rapproche ainsi de la jurisprudence française qui admet qu'on peut constituer une hypothèque garantissant des créances futures, comme, par exemple, l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit (Cass. civ., 21 novembre 1848, *D.*, 1849, 1, 275 ; *S.*, 1850, 1, 91, cité par M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 650) ou le solde débiteur d'un compte courant (Cass. civ., 3 février 1937, *D.H.*, 1937, 177 ; *S.*, 1937, 1, 225, cité par M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *ibid.*, p. 650).

avec l'immeuble par nature auquel ils sont attachés et dont ils empruntent la nature immobilière³²⁵.

Enfin, les articles 41, alinéa 2, de la loi hypothécaire belge et 120 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés affirment le caractère indivisible de l'hypothèque. L'indivisibilité de l'hypothèque doit, en effet, assurer la pleine efficacité de la sûreté, en soumettant intégralement le ou les immeubles hypothéqués au paiement de tout ce qui est dû aux créanciers : toute la chose en garantie de toute la dette³²⁶. Il en résulte que non seulement l'hypothèque greève l'immeuble hypothéqué tout entier, mais aussi que la division de la dette, par la substitution de plusieurs débiteurs au débiteur initial, laisse subsister l'hypothèque intacte à charge du propriétaire de l'immeuble³²⁷.

Tout ce qui précède montre bien que l'hypothèque repose sur deux principes essentiels à la sécurité du crédit et des transactions immobiliers : la spécialité et la publicité. C'est dire, en effet, d'une part, que la sûreté doit être délimitée quant à l'immeuble grevé et quant à la créance garantie, une hypothèque générale (frappant tous les immeubles du débiteur) ou indéfinie (consentie pour sûreté de créance dont le montant ne serait pas limité) étant source d'une grande insécurité et, d'autre part, qu'il est indispensable que les tiers connaissent les charges qui greèvent les immeubles.

Il sied de mentionner en définitive, en rapport avec la présente étude, qu'une hypothèque légale (article 57, alinéa 3, de la loi belge sur les faillites) et une hypothèque forcée légale (article 133 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés) sont reconnues dans les deux ordres juridiques à la masse faillie (en droit belge) et à la masse des créanciers d'une procédure collective de liquidation des biens (en droit uniforme)³²⁸. L'on relève pertinemment, à cet égard, en ce qui concerne notamment le droit belge, que « cette hypothèque a été tenue pour une 'curiosité juridique' sans utilité pratique car le dessaisissement, qui soustrait le patrimoine du failli à toute mesure d'exécution et rend le failli sans pouvoir pour l'engager et, s'agissant particulièrement des immeubles, pour les

³²⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 187 et références citées.

³²⁶ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 284 ; Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 205 et s.

³²⁷ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 285.

³²⁸ Les droits uniforme et belge se démarquent ainsi sur la question du droit français, dont la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises a supprimé la masse des créanciers et abrogé de ce fait l'hypothèque accordée à cette entité juridique dotée de la personnalité morale et représentant l'ensemble des créanciers d'un débiteur admis dans une procédure collective (Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 209-210).

aliéner et les grever de droits réels, assure aux créanciers une protection suffisante. L'article 19, alinéa 1^{er}, qui interdit toute inscription hypothécaire après le prononcé de la faillite, n'est qu'une application de cette règle générale »³²⁹. L'on poursuit, en précisant, toutefois, que « depuis que la loi du 20 juillet 1978, modifiant l'article 318, alinéa 3, du Code des impôts sur les revenus (devenu aujourd'hui l'article 427, alinéa 3), a créé une brèche dans le principe du dessaisissement et, en dérogeant expressément à la règle de l'article 19, alinéa 1^{er}, autorisé le receveur des impôts sur les revenus à inscrire son hypothèque même après la faillite, l'hypothèque légale de la masse connaît un regain d'intérêt car elle permet au curateur de contrer l'initiative du fisc. En inscrivant son hypothèque avant celle que le fisc ne manquera pas de prendre, le curateur assurera la priorité de la masse sur le prix de réalisation des immeubles grevés, car les hypothèques ont rang à leur date »³³⁰.

Ce raisonnement peut être reçu, mutatis mutandis, en droit uniforme où l'on confère une portée générale à la règle selon laquelle il ne peut y avoir de droit réel sans inscription, laquelle règle s'applique indistinctement aux hypothèques conventionnelles et aux hypothèques forcées. C'est pour cette raison d'ailleurs que l'inscription de l'hypothèque légale de la masse des créanciers, qui doit se faire, en droit uniforme, à la requête du greffier ou du syndic, dans un délai de dix jours à compter de la décision judiciaire conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière, d'après l'article 122, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur³³¹.

Quid des effets de l'hypothèque, principalement à l'égard des tiers ?

B. Effets de l'hypothèque

Pour son opposabilité aux tiers, le principe est que toute hypothèque, quelle qu'en soit la source, et donc également toute hypothèque légale, est soumise à un même régime publicitaire³³². C'est l'inscription de l'hypothèque qui en assure, en effet, la publicité. Elle ne

³²⁹ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 298.

³³⁰ *Idem*, pp. 298-299.

³³¹ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 212.

³³² V. I. MOREAU-MARGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 115 ; article 129 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

crée aucun droit ; elle ne fait que révéler, aux yeux des tiers, le droit d'hypothèque³³³. C'est pour cette raison d'ailleurs que la transmission de l'hypothèque ne peut être opposable aux tiers que par une mention faite en marge de l'inscription initiale, que la subrogation légale ou conventionnelle dans les droits d'un créancier inscrit du tiers qui a payé la dette doit faire l'objet d'une publicité par mention originale et que la cession de rang hypothécaire est soumise à la même forme de publicité, c'est-à-dire qu'elle doit être constatée par acte authentique et mention doit en être faite en marge de l'inscription initiale. Il s'agit là des mesures de publicité par mention marginale³³⁴.

La date d'inscription est importante car elle détermine le rang des créances hypothécaires et, partant, leur ordre de paiement au cas où plusieurs hypothèques ont été constituées sur un même immeuble.

Cette sécurité des transactions et du crédit immobiliers qu'assure la publicité de l'hypothèque peut néanmoins être troublée par le débiteur à qui l'hypothèque laisse l'usage, la jouissance et même la libre disposition de l'immeuble. D'où l'intérêt de concilier ce droit avec la nécessité d'assurer au créancier la protection d'une valeur d'affectation qui lui est désormais réservée : le débiteur ne peut, par son fait, porter atteinte à la sûreté qu'il a consentie. C'est pourquoi le législateur détermine les actes que peut accomplir le débiteur et règle le problème lié à la perte ou à la détérioration de l'immeuble avant l'intentement de l'action hypothécaire.

En effet, le débiteur peut³³⁵ :

- aliéner valablement l'immeuble, car le créancier est protégé par le droit de suite qui lui permet de le saisir, en vue de son adjudication forcée, entre les mains du tiers acquéreur ;
- constituer une nouvelle hypothèque, laquelle ne saurait porter atteinte au droit du créancier inscrit antérieurement car le rang des hypothèques est déterminé par la date de leur inscription ;
- percevoir les fruits et revenus périodiques de l'immeuble, sans porter atteinte aux intérêts du créancier ;

³³³ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 312.

³³⁴ On peut remarquer que l'article 124 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés n'envisage la transmission de l'hypothèque que pour préciser principalement la forme de l'Acte qui l'opère ; il renvoie, s'agissant du droit matériel applicable à cet acte, à la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble. Lire à ce sujet, pour de plus amples informations, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp. 206-207 et références citées.

³³⁵ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 318 ; Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 191 et s.

- administrer l'immeuble hypothéqué, pourvu que l'administration de l'immeuble hypothéqué soit exercée dans une mesure compatible avec son affectation à la garantie du créancier, ...

L'article 79, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire belge prévoit qu'en cas de perte ou de dégradation de l'immeuble affecté à l'hypothèque de manière qu'il soit devenu insuffisant pour la sûreté du créancier, celui-ci a le droit de réclamer remboursement de sa créance. Cette disposition, qui ne concerne que l'hypothèque conventionnelle, est justifiée lorsque la perte est due à la faute du débiteur. Elle n'est alors qu'une application de la règle de l'article 1188 du Code civil belge, qui déchoit du bénéfice du terme le débiteur qui, par son fait, a diminué les sûretés consenties.

On peut soutenir que lorsque la perte est la conséquence d'un cas fortuit, la sanction n'est guère équitable. Elle est d'ailleurs tempérée par l'alinéa 2 de l'article 79 de la loi hypothécaire qui précise que « *le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si la perte ou les dégradations ont eu lieu sans sa faute* ». Pareille protection mérite en tout cas d'être accordée au créancier en droit uniforme, qui ne contient malheureusement aucune réglementation de ce cas.

Les effets de l'hypothèque avant l'intentement de l'action hypothécaire qui viennent d'être exposés diffèrent des effets de l'hypothèque en cas d'intentement de l'action hypothécaire. En effet, à défaut de paiement par le débiteur, le créancier intentera l'action hypothécaire : il saisira l'immeuble (en quelques mains qu'il se trouve), provoquera son adjudication publique et se fera payer par préférence sur le prix. Il s'agit là de droits qui le différencient fondamentalement de créanciers chirographaires et qui montrent combien cette sûreté conduit à l'affaiblissement de l'égalité dans le concours.

Le droit uniforme prévoit, toutefois, qu'en cas de non paiement du débiteur à l'échéance, la poursuite des biens hypothéqués du débiteur peut être suspendue, conformément à la procédure prévue par l'article 264 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, s'il justifie que le revenu net et libre de ses immeubles pendant deux années suffit pour le paiement de la dette en capital, frais et intérêts, et s'il en offre la délégation au créancier (article 265, alinéa 1, de l'Acte uniforme précité). Cette suspension ne se veut pas néanmoins absolue, car elle

peut, aux termes de l'article 265, alinéa 2, dudit Acte uniforme, être reprise à la moindre opposition ou obstacle au paiement.

En cas de faillite du débiteur, l'immeuble hypothéqué sera réalisé par le curateur, sur décision du juge-commissaire saisi soit à sa requête, soit à la requête du créancier (articles 100 de la loi belge sur les faillites et 1193^{ter} du Code judiciaire belge).

En matière de liquidation des biens, le droit uniforme prévoit, pour sa part, que les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière (article 246 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution). Cependant, le juge-commissaire peut, si la consistance des biens, leur situation ou les offres reçues sont de nature à permettre une cession amiable, autoriser la vente, soit par adjudication amiable sur la mise à prix qu'il fixe, soit de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine (article 150, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif). Le syndic ne se charge ici que de la répartition du produit de vente et du règlement de l'ordre entre les créanciers sous réserve des contestations qui sont portées devant la juridiction compétente.

Nous avons déjà mentionné que l'exécution de l'hypothèque produit des effets remarquables surtout à l'égard des tiers : le droit de préférence (à l'égard des autres créanciers du débiteur hypothécaire) et le droit de suite (à l'égard du tiers acquéreur du bien hypothéqué). Alors que le droit de préférence assure au créancier hypothécaire priorité sur les autres créanciers qui participent à la répartition du prix de vente de l'immeuble, le créancier qui intente contre le tiers détenteur de l'immeuble l'action hypothécaire exerce, par contre, le droit de suite attaché à l'hypothèque, qui lui permet de saisir l'immeuble en d'autres mains que celles du constituant³³⁶.

Le droit de préférence ainsi reconnu aux créanciers hypothécaires, qui constitue l'effet essentiel de l'hypothèque d'où résulte l'affaiblissement de l'égalité dans le concours, établit, on s'en doute, un classement entre créanciers à telle enseigne que les créanciers hypothécaires viennent, en toutes circonstances, avant les créanciers chirographaires, et entre eux, ils viennent dans l'ordre que donnent les dates de leur inscription, même si la créance est à

³³⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 324 et 326 ; Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp. 193 et s. et 195.

terme³³⁷. Il en résulte, en outre, que l'exécution de l'hypothèque aboutit incontestablement à une importante réduction de l'actif du débiteur au détriment des autres créanciers.

Il apparaît, en somme, de ce qui précède que lorsque le débiteur s'engage, il le fait sur ses biens mobiliers et immobiliers, qui constituent le gage commun de ses créanciers. Il apparaît, en outre, qu'en cas de concours découlant de la faillite ou liquidation des biens, les causes légitimes de préférence ne doivent être méconnues, car les créanciers ne seront traités sur pied d'égalité si elles existent. En d'autres mots, l'égalité dans le concours ne sera appliquée qu'à ceux qui n'en bénéficient pas. Les lignes qui suivent examineront la situation de ces derniers en cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens.

³³⁷ V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 268.

Chapitre III. L'EGALITE DANS LE CONCOURS COMME PRINCIPE PROFITANT AUX CREANCIERS PRIVILEGES GENERAUX ET CHIROGRAPHAIRES DE MANIERE MARGINALE

Affaiblie d'une part par les dettes de la masse et les mécanismes préférentiels et, de l'autre, par les causes de préférence, l'égalité dans le concours demeure néanmoins applicable comme principe résiduaire et justifie, en outre, on l'a vu ci-dessus, de nombreux mécanismes de la loi sur la faillite ou liquidation des biens³³⁸. Ainsi entendue, elle ne profite cependant, à vrai dire, aux créanciers privilégiés généraux et chirographaires que de manière marginale.

L'examen de la situation des créanciers titulaires de privilèges généraux (section I) et de celle des créanciers chirographaires (section II) en cas de faillite ou liquidation des biens permettra de le démontrer.

Section I. La situation des créanciers titulaires de privilèges généraux

Après l'exposé de quelques notions générales concernant l'ensemble des créanciers titulaires de privilèges généraux (§1), nous examinerons les cas particuliers des salariés, du fisc et des organismes de sécurité sociale (§2) compte tenu de leur importance probable en cas de faillite ou liquidation des biens.

§1. Généralités

Nous allons commenter ici l'assiette des privilèges généraux (A), leur rang et leur classement (B) et leur importance et impact sur la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens (C).

A. L'assiette des privilèges généraux

A ses origines, les privilèges généraux, conçus comme ne garantissant que des créances de faible importance, portaient tout à la fois sur la généralité des meubles et des immeubles. Bien qu'occultes, ces privilèges primaient les hypothèques.

³³⁸ Dans ce sens, I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 448.

Mais cette situation – portant incontestablement atteinte au crédit hypothécaire – est apparue comme excessive aussi bien en France qu’en Belgique. C’est pourquoi la réforme opérée en France par le décret du 4 janvier 1955 a conduit à réduire l’assiette des privilèges généraux à l’ensemble des meubles, en permettant toutefois aux créanciers qui bénéficient de ces privilèges de prendre hypothèque légale sur les immeubles.

La loi hypothécaire belge s’écarte, pour sa part, de cette solution tout comme d’ailleurs l’Acte uniforme de l’OHADA portant organisation des sûretés. Ces deux textes ne confèrent, en effet, aux créanciers visés aux articles 19 *in fine* de la loi hypothécaire et 106, alinéa 1^{er}, de l’Acte uniforme précité³³⁹ qu’un privilège s’étendant à la généralité des meubles, sous réserve toutefois que les créances visées à ces articles peuvent aussi et subsidiairement s’étendre aux immeubles lorsque la valeur de ceux-ci n’a pas été absorbée par les créances hypothécaires ou privilégiées³⁴⁰.

Au regard de la protection du crédit hypothécaire, on peut ainsi constater que :

- en droit belge, les privilèges généraux ne portent que sur les biens meubles, même si le dernier alinéa – qui prévoit un privilège subsidiaire sur immeubles – permet de les étendre aux immeubles après satisfaction des créances s’y rapportant ;
- en droit uniforme, ils portent sur les biens meubles et immeubles sans toutefois menacer le crédit hypothécaire au regard des articles 148 et 149, qui prévoient respectivement les répartitions en matière immobilière et mobilière ;
- en droit français, ils ne portent que sur les biens meubles, même si les créanciers qui en bénéficient peuvent prendre une hypothèque légale sur les immeubles ; en ce cas, la protection du crédit hypothécaire passe par la rigueur de la publicité.

Moyennant ces aménagements de l’assiette de la sûreté intervenus ça et là, les privilèges généraux sur meubles grèvent donc, sans menacer le crédit hypothécaire, aussi les immeubles et, sur ceux-ci, emporteront préférence à l’encontre des créances chirographaires.

³³⁹ Cet article 106, alinéa 1^{er}, consacre d’ailleurs carrément un droit de préférence s’exerçant sur les biens immeubles et meubles selon les prévisions des articles 148 et 149 de l’Acte uniforme précité.

³⁴⁰ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 99 et pour de plus amples informations sur l’origine historique et l’assiette de ce privilège, Fr. T’KINT, *op. cit.*, pp. 197-199. On peut lire également, en ce qui concerne le droit uniforme, J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 663 qui note que le sens de l’alinéa 1^{er} de l’article 106 est que les privilèges généraux ne comportent qu’un droit de préférence qui s’exerce sur les biens immeubles et sur les biens meubles.

B. Le rang et le classement des privilèges généraux

Les articles 19 de la loi hypothécaire belge et 107 et 108 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés énumèrent les privilèges généraux sur meubles. Mais il en existe d'autres, non moins importants, créés par des lois particulières, spécialement les législations sociales et fiscales en Belgique et nationales en droit uniforme³⁴¹.

Ces dispositions les énoncent dans l'ordre de leur rang, sauf qu'en droit uniforme, le rang des créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité, c'est-à-dire ceux visés par l'article 108 de l'Acte uniforme précité (fisc, douane et sécurité sociale), est déterminé selon le rang de leur inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier (article 148, 4°, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés).

Une précision s'impose également en ce qui concerne les privilèges prévus en faveur du fisc par la législation fiscale belge : ceux-ci ont tous même rang, lequel se situe immédiatement après les privilèges de l'article 19, à l'exception du privilège attaché à la créance du précompte professionnel, qui est mieux placé, car il a rang égal à celui du privilège reconnu à l'Office national de sécurité sociale, pour les cotisations dues par l'employeur, par l'article 19, 4^oter.

Aux termes des articles 25 et 26 de la même loi hypothécaire et 148 et 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ou 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les privilèges généraux sont primés, sauf exceptions mineures, par les privilèges spéciaux (auxquels le législateur assimile, on s'en doute, les diverses formes de gage), qui peuvent être tenus pour autant de charges grevant des biens déterminés dont les titulaires de privilèges généraux doivent s'affranchir³⁴². Ils priment, à leur tour et en toute circonstance, les créances chirographaires.

C'est ici l'occasion de préciser que la règle de l'égalité s'applique aux privilèges généraux qui ont même rang. Le législateur de l'OHADA a d'ailleurs pris soin de préciser, aux derniers

³⁴¹ L'alinéa 2 de l'article 106 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés reconnaît que des textes spéciaux (nationaux ou supranationaux) peuvent créer d'autres privilèges généraux et en déterminer le rang par rapport au classement porté par les articles 148 et 149, faute de quoi, ils occuperaient le dernier rang dudit classement.

³⁴² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 199-200.

alinéas des articles 148 et 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qu'en cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers privilégiés généraux venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

En se fondant sur le rang ainsi déterminé des privilèges généraux, on peut les classer, en droit belge, en trois catégories principales³⁴³ :

- les privilèges justifiés par un souci d'humanité à l'égard du débiteur (article 19, 2°, 3° et 5°) ou de protection du travail (article 19, 3°bis, 4° et 4°bis, alinéa 1^{er}) ;
- les privilèges justifiés par l'idée de solidarité sociale (article 19, 4°bis, alinéa 2 et s. et 19, 4° ter et s.) ;
- les privilèges du fisc, créés par des lois particulières.

En revanche, en partant de l'énumération des privilèges généraux consacrée en droit uniforme (articles 107 et 108 précités), on peut les regrouper selon qu'ils sont soumis à publicité ou non. En effet, alors que tous les privilèges généraux étaient, dans le passé, occultes, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés les distingue selon qu'ils doivent être inscrits ou non au Registre du commerce et du crédit mobilier, apportant ainsi une innovation par rapport au droit antérieur, qui ignorait pareille distinction³⁴⁴.

Cette différenciation concerne toutefois exclusivement les créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale, souvent très importante en cas de liquidation des biens, que le législateur de l'OHADA a voulu soumettre à publicité afin d'éviter des surprises fâcheuses aux créanciers exposés au risque d'accorder du crédit au débiteur dans l'ignorance totale de ce passif privilégié qui absorbait souvent la quasi-totalité de l'actif³⁴⁵.

Cette forme publicitaire les rend donc opposables aux créanciers, à travers le Registre susmentionné qui, par ailleurs, centralise la publicité de toutes les sûretés soumises à cette formalité (nantissement et privilège du vendeur du fonds de commerce ; nantissement des

³⁴³ V. pour de plus amples informations, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 203-215.

³⁴⁴ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 231.

³⁴⁵ *Idem*, p. 231 ; J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 663.

actions et parts sociales ; nantissement du matériel professionnel, des véhicules automobiles ; nantissement des stocks de marchandises et des matières premières ; clause de réserve de propriété ; crédit bail, ...) ³⁴⁶.

Il sied de mentionner que des règles particulières gouvernent néanmoins aussi bien l'assiette que le rang du privilège des frais de justice, qui est susceptible de grever tant les meubles que les immeubles et dont le rang est tout à fait prioritaire en droits belge et uniforme. L'article 17 de la loi hypothécaire belge, qui en constitue le siège de la matière, dispose ainsi que « *les frais de justice sont privilégiés sur les meubles et les immeubles, à l'égard de tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits* ».

Il en est de même en droit uniforme où les frais de justice faits pour parvenir à la réalisation du bien vendu (immeuble ou meuble) et à la distribution elle-même du prix sont prélevés avant toute répartition. Il s'agit cependant d'un droit de préférence qui n'est prévu nulle part, car si on s'en tient à la lettre de l'article 148, 1°, et à celle de l'article 149, 1°, ne sont payés en premier lieu que les frais de réalisation et de distribution en relation avec l'immeuble ou le meuble vendu. Par conséquent, si le prix de l'immeuble ou du meuble visé ne suffit pas à payer ces frais, ceux-ci ne pourront être imputés sur un autre immeuble ou meuble ; inversement, les frais de justice concernant la réalisation d'un autre bien meuble ou immeuble ne peuvent être servis sur l'immeuble ou le meuble en question sauf à un rang chirographaire ³⁴⁷.

On admet, en effet, que le droit de préférence accordé aux frais de justice relatifs à un immeuble ou à un meuble constitue, en fait, un privilège immobilier ou mobilier spécial non soumis à publicité ³⁴⁸. L'on a fait remarquer d'ailleurs, dans le même ordre d'idées, en ce qui concerne le droit belge, que s'il n'est pas forcément incorrect de présenter le privilège des frais de justice comme un privilège général, il faut admettre en tout cas que la généralité de ce privilège est seulement virtuelle : en réalité, lorsque le législateur dit que le privilège s'exerce « sur les meubles et les immeubles », cela ne signifie pas « sur tous les meubles et tous les immeubles » mais plutôt « sur n'importe lequel des meubles et des immeubles » ³⁴⁹.

³⁴⁶ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 663.

³⁴⁷ Dans ce sens, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 245.

³⁴⁸ *Idem*, pp. 245 et 250.

³⁴⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 194. Lire également I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 488, qui notent à juste titre qu'« il n'est sans doute pas logique de considérer les frais de justice comme privilégiés sur

Le privilège des frais de justice se fonde sur le fait qu'il faut soustraire à la loi du concours ceux qui ont consenti des frais dans le but de conserver ou de liquider, par une procédure judiciaire, tout ou partie du patrimoine du débiteur, qui est le gage commun de l'ensemble des créanciers. C'est donc dans l'intérêt de tous qu'un seul a exposé des dépens³⁵⁰. Il est dès lors relatif quant aux biens, dans la mesure où il ne grève que les seuls biens à propos desquels les frais ont été exposés dans l'intérêt des créanciers. C'est pourquoi les frais d'une saisie-exécution ne pourraient être payés que sur les seuls biens ayant fait l'objet de cette mesure³⁵¹.

La créance garantie couvre donc tous les frais faits par un créancier sous l'autorité de la justice pour la conservation et la liquidation de l'avoir du débiteur dans l'intérêt de ses créanciers³⁵². Il s'agit des frais judiciaires proprement dits, des honoraires et débours des mandataires de justice (le curateur de faillite par exemple) et certains frais extrajudiciaires accomplis sous autorité de justice (apposition de scellés, honoraires d'expert judiciaire,...)³⁵³. On admet par contre que les honoraires de l'avocat ne bénéficient pas du privilège des frais de justice, car son ministère n'est pas obligatoire³⁵⁴. Mais les honoraires et débours du curateur de la faillite, ils seront privilégiés sur la totalité du patrimoine du débiteur qu'il a mandat d'administrer et de liquider dans l'intérêt des créanciers. En ce cas, le privilège des frais de justice est un privilège tout à fait général, car les frais sont relatifs au patrimoine tout entier du débiteur³⁵⁵.

Le privilège des frais de justice est, en outre, relatif quant aux créanciers auxquels il est opposable. C'est dire, en d'autres mots, que ce privilège n'existe que vis-à-vis des créanciers qui ont tiré un profit actuel et certain des frais exposés. C'est pourquoi lorsque les frais de justice exposés profitent à plusieurs créanciers mais non à tous, ils ne sont privilégiés qu'à l'égard de ceux auxquels ils profitent. Il va de soi, dès lors, que le privilège sera écarté pour les frais qui ont été faits par un créancier dans son intérêt exclusif.

l'ensemble des meubles. Ces frais ne sont en effet, en règle, privilégiés que dans la mesure où ils ont conservé un ou des biens déterminés et non simplement une universalité » (Cass., 15 juillet 1847, *Pas.*, 1848, I, 89, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 488).

³⁵⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 190.

³⁵¹ V. A. M. STRANART, *op. cit.*, pp. 58-59 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 191-192 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, pp. 98-99.

³⁵² V. A. M. STRANART, *ibid.*, p. 58 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 190.

³⁵³ V. pour de plus amples informations, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 245 ; P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen », *loc. cit.*, 1997, pp. 426-427 ; A. M. STRANART, *ibid.*, p. 58 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 190 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 98.

³⁵⁴ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 190. Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, p. 245 y incluent, par contre, les honoraires de l'avocat.

³⁵⁵ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 192.

On peut ainsi observer que l'intérêt des créanciers, qui est la mesure du privilège, en limite l'étendue quant à son assiette et aux personnes auxquelles il peut être opposé.

Enfin, la créance des frais de justice une fois établie, l'existence du privilège prime, on l'a dit, toutes les créances dans l'intérêt desquelles ils ont été faits en vertu des articles 21 de la loi hypothécaire belge et 148 et 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ou 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Le rang du privilège est, pour tout dire, prioritaire – et montre combien ce privilège général se distingue des autres par l'affaiblissement de l'égalité dans le concours né de la faillite ou liquidation des biens – même si l'effet de cette primauté absolue est réduit par le fait que le privilège ne peut être opposé qu'aux créanciers dans l'intérêt desquels les frais de justice ont été exposés.

Apprécions maintenant l'importance des privilèges généraux afin de mieux se rendre compte aussi bien de leur impact sur les créanciers chirographaires que des problèmes qu'ils peuvent soulever en cas de faillite ou de liquidation des biens.

C. L'importance des privilèges généraux et leur impact sur la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou de liquidation des biens

1°. L'importance des privilèges généraux

Il suffit d'une simple lecture de l'article 19 de la loi hypothécaire belge pour se rendre compte qu'il « est devenu, par une suite d'additions, l'un des plus informes du droit civil »³⁵⁶.

Cette tendance était déjà perceptible dans certains pays membres de l'OHADA avant l'adoption de l'Acte uniforme, raison pour laquelle il s'avérait nécessaire de réduire, au sein de ces derniers, la liste des privilèges généraux du Code civil, devenue archaïque, abondante et désordonnée, en éliminant les privilèges qui ne correspondaient plus à l'Afrique ni à l'époque actuelle³⁵⁷.

³⁵⁶ V. R. DEKKERS, t. II, n° 1510, p. 878 cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p.200.

³⁵⁷ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 663. On peut constater, a contrario dans le même ordre d'idées, qu'en République démocratique du Congo, par exemple, l'article 249 de la loi 021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés n'a pas connu une évolution importante à cause essentiellement, pensons-nous,

Au début³⁵⁸, en effet, les privilèges généraux présentaient pourtant une certaine unité et, surtout, étaient de peu d'importance. L'idée était, en effet, qu'ils ne garantissaient que des créances de faible importance, privilégiées pour des raisons d'humanité : frais funéraires (article 19, 2° de la loi hypothécaire belge), frais de dernière maladie (article 19, 3°), salaires des « gens de service », des « commis » et des « ouvriers » (article 19, 4° ancien), fournitures de subsistance (article 19, 5°).

Mais, on peut constater, spécialement depuis la dernière guerre, que le texte s'est gonflé de privilèges nouveaux et son économie première s'en est trouvée complètement bouleversée. L'intention humanitaire initiale a été ainsi renforcée par un souci de protection du travail et de solidarité sociale.

Le privilège des « gens de service », marginal en 1851, a connu un développement considérable. On sait combien l'essor industriel et commercial a multiplié le nombre des travailleurs salariés et entraîné, en tout cas sur le long terme, la hausse constante des rémunérations. Les crises économiques qui l'ont accompagné ont été à l'origine de nombreuses défaillances d'entreprises et de licenciements massifs. Une protection accrue du travailleur s'en est suivi de la part du législateur qui impose, par exemple, au travers de conventions collectives, des barèmes de rémunérations, contraint l'employeur à indemniser le travailleur licencié sans préavis et complète la rémunération par divers avantages (notamment, les pécules de vacances).

On sait, en plus, que la faillite d'une entreprise industrielle importante peut entraîner le licenciement de dizaines voire de centaines de travailleurs, dont le coût en arriérés de rémunérations, indemnités de rupture et autres créances privilégiées est parfois considérable.

L'évolution du système de sécurité sociale a, pour sa part, entraîné la création de privilèges attachés aux créances de cotisations dues à divers organismes collecteurs et notamment au plus important d'entre eux, l'O.N.S.S., chargé de recouvrer auprès des employeurs des cotisations calculées (et prélevées pour partie) sur les rémunérations payées aux travailleurs.

de l'immobilisme législatif et surtout de l'absence de l'essor industriel et commercial, qui aurait occasionné, comme on le verra ci-dessous pour la Belgique, des interventions du législateur en faveur des travailleurs et des organismes social et fiscal.

³⁵⁸ Voir pour cette évolution, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 200-201.

Généralement, une faillite d'une certaine importance laisse en souffrance un important arriéré de cotisations sociales privilégiées, auxquelles s'ajoutent les cotisations dues sur les arriérés de rémunérations et indemnités de licenciement.

Il s'en suit que les privilèges des travailleurs et des divers organismes de sécurité sociale pèsent lourd et s'emparent d'une partie importante d'actifs dans les faillites ou liquidations des biens.

Si on prend en compte également les privilèges du fisc, sous leurs diverses composantes (impôts sur les revenus et taxe sur la valeur ajoutée principalement), inconnus du législateur de 1851, on comprendra que la liquidation d'une faillite, après apurement des sûretés conventionnelles (hypothèques et gages sur fonds de commerce spécialement) qui, particulièrement lorsque l'entreprise faillie faisait appel au crédit bancaire, absorbent déjà, et par priorité, une grande partie des actifs, et distraction faite de ce qui revient aux quelques créanciers titulaires de privilèges spéciaux, laisse rarement de quoi remplir tous les créanciers titulaires d'un privilège général, ce qui exclut à fortiori tout dividende pour les créanciers chirographaires³⁵⁹.

Cette évolution, qui démontre l'importance des privilèges généraux, n'est pas spécifique au droit belge. Elle a caractérisé, mutatis mutandis, les législations des pays membres de l'OHADA, raison pour laquelle le législateur de ladite organisation a décidé de systématiser leur réglementation en vue non seulement de garantir leur efficacité, mais aussi de limiter tant soit peu leurs effets vis-à-vis des autres créanciers.

Examinons maintenant l'impact de ces privilèges généraux sur la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens.

³⁵⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 201.

2°. L'impact des privilèges généraux sur la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens

Pour rappel, les créanciers titulaires de privilèges généraux sont soustraits, comme tout créancier titulaire de sûreté, à la règle de l'égalité et aux effets du concours en raison de la préférence qui est attachée à leurs créances.

Mais il convient de préciser que, même s'ils auront préférence sur les créanciers chirographaires, car tel est l'effet essentiel du concours, les règles techniques auxquelles sont soumises les procédures de réalisation et de distribution leur seront néanmoins applicables dans une mesure plus ou moins stricte qui s'explique par la nature même de leur sûreté et les nécessités de la répartition. C'est ainsi qu'ils subiront comme les créanciers chirographaires la suspension de leur droit d'exécution et l'arrêt du cours des intérêts³⁶⁰. Etant astreints à la discipline collective, ils sont également soumis, à l'instar des autres créanciers, aux règles de production et de vérification des créances.

On peut faire observer, à cet égard, qu'une protection apparemment efficace est spécialement accordée au Trésor public, à l'Administration des douanes et aux organismes de sécurité sociale en droit uniforme en cas de liquidation des biens, tant en matière mobilière qu'immobilière, au regard des articles 149 et 150 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui prévoient que, passé le délai de trois mois à compter du jugement de liquidation des biens, délai pendant lequel le syndic seul peut vendre les biens du débiteur (article 147, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme précité), ils reprennent l'exercice de leurs droits de poursuite individuelle³⁶¹.

Il vient d'être dit que la multiplication des privilèges généraux sur meubles s'est accompagnée d'une extension des sommes susceptibles d'être garanties par cette sûreté ; lesdites sommes peuvent, dans la pratique, être considérables si l'entreprise en difficulté est d'une taille importante. Pareille situation conduit sans aucun doute à réduire, voire anéantir, les chances d'être payé des créanciers chirographaires, dans la mesure où les titulaires de ces privilèges bénéficient d'un droit de préférence.

³⁶⁰ Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 84-85.

³⁶¹ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 256.

Le caractère occulte de certains de ces privilèges, auquel a heureusement remédié pour l'essentiel le droit uniforme, aggrave aussi le sort peu enviable réservé à ces créanciers chirographaires en ne leur permettant point, par une information préalable, de s'assurer adéquatement de la solvabilité de celui avec qui ils ont entendu traiter³⁶². Un tel choix de la part du législateur conduit aussi, comme Mme MOREAU-MAGREVE l'a si bien dit, à « l'immolation » des créanciers chirographaires³⁶³.

Le sort des créanciers chirographaires, que la liste sans cesse grandissante des privilèges refoule vers un hypothétique dividende, est en outre aggravé par l'impact du privilège subsidiaire sur immeuble conféré expressément par l'article 19 *in fine* de la loi hypothécaire belge. En effet, après paiement des créanciers hypothécaires et privilégiés sur immeubles, le solde du prix des immeubles saisis sera, le plus souvent, destiné à apurer les créances des titulaires d'un privilège général sur les meubles.

Il y a lieu de remarquer, à cet égard, que l'interprétation restrictive conduisait à ne réserver le bénéfice de l'article 19 *in fine* qu'aux seuls titulaires d'un privilège visé dans cet article excluant ainsi le privilège du fisc créé par des lois particulières³⁶⁴. Mais la loi du 22 juillet 1993, en réaction contre deux arrêts de la Cour de cassation du 22 novembre 1990³⁶⁵, qui allaient dans ce sens, a expressément rendu le texte applicable aux privilèges des receveurs des impôts sur les revenus et de la taxe sur la valeur ajoutée, c'est-à-dire les privilèges fiscaux les plus importants, qui frappent donc meubles et immeubles du redevable à tel point que la solution retenue par ces arrêts de la Cour de cassation ne concerne plus que les privilèges attachés aux autres impôts³⁶⁶.

Bref, l'ampleur des sommes garanties au profit de deux créanciers gargantuesques, pour reprendre l'expression de MM. CABRILLAC et MOULY, le fisc et la sécurité sociale, ne laisse que quelques miettes aux créanciers chirographaires³⁶⁷, confirmant ainsi leur égalité devant le vide.

³⁶² V. I. MOREAU-MAGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *loc. cit.*, p. 106 ; A. M. STRANART, *op. cit.*, p. 61 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 100.

³⁶³ V. I. MOREAU-MAGREVE, « Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *ibid.*, p. 102.

³⁶⁴ *Idem*, p. 149 ; J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *ibid.*, p. 100.

³⁶⁵ Cass., 22 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 299 et *Pas.*, 1991, I, p. 305, R.P.S., 1991, 1991, p. 124.

³⁶⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 213.

³⁶⁷ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 609.

Le problème engendré par ce phénomène assurément malsain est d'ailleurs unanimement dénoncé. On estime, en effet, à juste titre, qu'il n'est ni équitable ni rationnel, du double point de vue de l'intérêt général et de l'efficacité économique, que les créanciers chirographaires soient systématiquement sacrifiés en cas de faillite³⁶⁸.

On discutera, plus loin, au niveau de l'examen des solutions à ce problème, la question de la limitation des privilèges, tout en ayant à l'esprit le fait que, d'une part, les privilèges, qu'ils soient généraux ou spéciaux, sont justifiés par des intérêts légitimes et, de l'autre, que le réalisme politique constitue un obstacle à leur réduction sensible, nonobstant leur charge excessive. C'est dire déjà combien nous sommes en présence d'un problème dont les solutions sont difficiles à mettre en œuvre au regard des enjeux en présence et des intérêts sans doute divergents des différents créanciers.

On peut dire, en définitive, que les privilèges généraux n'affaiblissent pas moins l'égalité dans le concours né de la faillite ou liquidation des biens au regard des effets qui doivent leur être reconnus en tant que sûreté, même si cette égalité reste applicable aux créanciers qui en bénéficient de façon résiduaire afin de sauvegarder la discipline collective et de les départager lorsqu'ils ont le même rang. Les lignes qui suivent vont nous aider à le démontrer davantage.

§2. La situation des travailleurs, des organismes de sécurité sociale et du fisc en cas de faillite ou liquidation des biens

A. La situation des travailleurs en cas de faillite ou liquidation des biens

La situation des travailleurs en droit belge est complexe, alors qu'elle reste caractérisée par une simplicité apparente en droit uniforme.

1°. La situation des travailleurs en cas de faillite en droit belge

Après quelques observations générales valables pour l'ensemble des travailleurs en cas de faillite (a), l'on se penchera sur l'analyse du sort des contrats de travail (b) et de la créance des travailleurs en cas de faillite (c).

³⁶⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 202.

a) La situation générale des travailleurs en cas de faillite

Aucune disposition de la loi belge du 18 avril 1851 sur les faillites ne traitait des intérêts spécifiques des travailleurs en cas de faillite. Sous l'empire de cette loi, ces derniers étaient supposés intervenir dans la faillite comme créanciers éventuels. Toutefois, un passage des travaux préparatoires relatif aux poursuites d'activités, qui note qu'« il peut se présenter 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'existence », permettait de tenir compte, en cas de poursuite d'activité, des intérêts qui ne s'identifiaient pas exactement à ceux des créanciers³⁶⁹. Mais, comme le fait remarquer M. MARTENS, les termes utilisés ici démontrent que le souci du législateur touchait davantage à la prophylaxie criminelle qu'à la reconnaissance des droits des travailleurs³⁷⁰.

Une conception nouvelle se manifeste plus nettement dans la loi belge du 18 août 1997 sur les faillites qui se fixe notamment comme objectif la conciliation des intérêts des travailleurs et ceux des créanciers et du failli.

Elle prend appui sur le fait que la situation du travailleur est fondamentalement différente de celle des autres créanciers, car comme l'a écrit M. BRILMAKER, « il ne s'agit pas pour lui 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 »³⁷¹.

L'exposé des motifs du projet 631 fait d'ailleurs abondamment référence à cette conception moderne différente de la conception ancienne susmentionnée. On peut y lire que :

- « les travailleurs devraient pouvoir faire valoir d'autres intérêts [que ceux des créanciers] tels la sauvegarde de l'outil de travail ou le maintien de l'emploi »³⁷²;

³⁶⁹ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 507.

³⁷⁰ V. P. MARTENS, « Ordre public et temps de crise », *loc. cit.*, pp. 352 et 353.

³⁷¹ V. J.-P. BRILMAKER, « Quelques aspects des droits et créances des travailleurs en cas de faillite », *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, *ibid.*, p. 508.

³⁷² Doc. 631/1, p. 10.

- « l'emploi dans le cadre de la faillite de l'entreprise et la continuation éventuelle des activités économiques constitue un élément vital pour les travailleurs. Il faut donc veiller à traiter leurs intérêts de manière appropriée »³⁷³.
- « La vision moderne de l'entreprise, a déclaré le ministre en commission, est qu'elle constitue un lieu de rencontre de divers intérêts. Il est apparu clairement à cet égard que les entreprises, principalement celles de taille moyenne et de taille importante, ne sont plus l'affaire uniquement de leurs propriétaires ou actionnaires et des créanciers (y compris les travailleurs, pour les salaires restant impayés), mais également des travailleurs (non en leur qualité de créanciers mais en tant que personnes directement intéressées par la poursuite des activités de l'entreprise), de la région et de l'ensemble de la collectivité concernée par l'entreprise »³⁷⁴.

Il en résulte en tout cas que la conciliation des intérêts des travailleurs et ceux des créanciers et du failli constitue l'un des objectifs poursuivis par la nouvelle loi belge du 8 août 1997 sur les faillites. Il s'agit d'un objectif qui ne peut se réaliser, on s'en doute, sans une conciliation harmonieuse des dispositions issues du droit commercial, du droit social et du droit civil.

En effet, les perturbations de divers ordres qui frappent une société qui est sur le point d'être déclarée en faillite ou qui est déjà déclarée en faillite commandent que le législateur, à travers notamment les règles des droits commercial et social, renforce les droits des travailleurs œuvrant dans cette société. Il y arrivera en adoptant des dispositions garantissant leur droit à l'information, à la consultation et à l'intervention et en précisant leurs droits en cas de poursuite du travail ou de licenciement.

Les préoccupations relatives à l'information, consultation et intervention des travailleurs caractérisent l'époque où le législateur reconnaît que la communauté des hommes, qui mettent en œuvre les moyens de production, peut avoir une voix à faire entendre au moment où leur employeur est défaillant; l'intervention dans la faillite cesse d'être l'apanage des seuls créanciers.

La Cour d'appel de Mons a eu, en effet, à préciser et réaffirmer le droit à l'information dans une affaire où une société déclarée en faillite n'avait pas respecté l'obligation d'information.

³⁷³ Doc. 631/1, p. 25.

³⁷⁴ Doc. 631/1, p. 12.

Elle a jugé que : « *Le libellé de l'article 25, 2°, de l'arrêté royal du 27 novembre 1973 [portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprise] indique que seule l'impossibilité matérielle de réunir le conseil d'entreprise avant l'exécution des décisions internes susceptibles d'avoir des répercussions importantes sur l'entreprise peut dispenser l'employeur, non de communiquer celles-ci, mais de le faire avant l'exécution de la décision.*

(...)

*L'obligation qui est imposée à l'employeur par l'article 25, 2°, de l'arrêté royal du 27 novembre 1973 n'est pas fonction de l'opportunité ou de l'utilité qu'il y aurait à faire les communications prescrites »*³⁷⁵.

On remarquera d'ailleurs que l'article 32, 3°, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie sanctionne d'une amende pénale l'employeur qui entraverait l'exercice des missions du conseil d'entreprise notamment en ne fournissant pas les renseignements prévus par celle-ci, par ses arrêtés d'exécution ou par les conventions collectives rendues obligatoires par la loi. L'objectif du législateur, à travers ces dispositions issues du droit social, est de procurer ainsi aux travailleurs une image claire et correcte de la situation, de l'évolution et des perspectives de l'entreprise qui les emploie.

Le droit commercial contient aussi des dispositions qui garantissent le droit à l'information, à la consultation et à l'intervention des travailleurs. En effet, l'article 9, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites va dans ce sens lorsqu'il dispose, en rapport avec l'aveu de faillite, que « *cet aveu est acté par le greffier. A ce moment au plus tard, l'aveu et les données étayant l'état de faillite doivent être communiquées au conseil d'entreprise ou, à défaut, au comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, à la délégation syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, à une délégation du personnel. Cet aveu et ces données y seront discutés* ». Il découle de ceci que l'aveu et les données étayant l'état de faillite doivent être communiqués au représentant du personnel avant le dépôt du bilan, et être discutés. L'on sait que les curateurs sont par ailleurs appelés à les rencontrer sans délai³⁷⁶.

³⁷⁵ Voir Sommaire de Mons (5^e ch.), 28 juin 1990, *Chr. D. S.*, 1990, pp. 383 et s. cité par H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p.426.

³⁷⁶ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 510.

Il convient d'observer, à ce stade, que ces dispositions issues du droit commercial et du droit social restent marquées par le souci de renforcer le droit à l'information du travailleur et de garantir sa participation au processus de décision au sein de la société faillie. Elles réalisent ces buts à des moments différents compte tenu de leurs champs d'application qui ne se recouvrent pas totalement : si la finalité des règles émanant du droit social est, dans un premier temps, d'informer le personnel de la mauvaise santé financière de l'entreprise, la disposition issue du droit commercial (article 9) est appelée, pour sa part, à intervenir par la suite lorsque les craintes annoncées antérieurement auront été confirmées et que le moment sera venu de faire aveu de faillite³⁷⁷.

Les droits des travailleurs ne cessent évidemment pas d'être protégés après la déclaration de faillite. Ils doivent l'être davantage en ce moment d'ailleurs, car lorsque l'état de faillite est constaté, deux situations présentant des répercussions, en droit social, peuvent se présenter : la fermeture d'entreprise et le licenciement collectif.

La question de fermeture d'entreprise et de licenciement collectif est régie par des dispositions issues du droit social et prescrivant des procédures strictes en rapport avec l'information des travailleurs. En effet, la loi du 28 juin 1966 relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise, qui s'applique aux entreprises qui occupaient en moyenne au cours de la dernière année civile écoulée au moins 20 travailleurs, prescrit que l'employeur est tenu, en cas de fermeture de son entreprise, d'exécuter deux types d'obligations distinctes :

- il doit fournir certaines informations aux travailleurs et à l'administration concernée ;
- il est également tenu de payer une indemnité spéciale de licenciement aux travailleurs (venant s'ajouter à l'indemnité compensatoire de préavis).

Cette indemnité spéciale de fermeture portée par les articles 4 et suivants de la loi précitée doit être payée par le curateur dans la mesure où les travailleurs dont l'entreprise est subitement fermée subissent, de ce fait, un préjudice et méritent, par conséquent, d'en être indemnisés. C'est cette voie que la cour du travail de Liège a empruntée dans une espèce qui concernait une société qui avait été déclarée en faillite en jugeant que : « *Il est clair que la*

³⁷⁷ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p. 428.

*faillite a mis fin à l'activité de la société R. ; il est certain que son personnel a été licencié et ses avoirs vendus dans le cadre de la liquidation de la faillite ; dès lors la société R a cessé ses activités »*³⁷⁸. Elle a, en conséquence, fait droit à la demande du travailleur relative au paiement de l'indemnité spéciale de fermeture.

En cas de licenciement collectif, diverses dispositions prévoient également l'obligation d'information de l'employeur. On peut citer la convention collective de travail n° 24 du 2 octobre 1975 concernant la procédure d'information et de consultation des représentants des travailleurs en matière de licenciement collectif, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 21 janvier 1971 ; l'arrêté royal du 24 mai 1976 sur les licenciements collectifs qui impose à l'employeur de communiquer certaines informations à l'administration ; la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi. Cette loi prise à la suite de la fermeture de l'entreprise Renault-Vilvoorde n'a pas abrogé la législation antérieure, mais s'y superpose en précisant les obligations d'information et prévoit de nouvelles sanctions.

Ces textes s'appliquent aux entreprises occupant, au cours de l'année civile qui a précédé le licenciement, en moyenne plus de 20 travailleurs. Ils s'appliquent aussi à l'employeur qui, avant d'envisager de faire aveu de faillite, décide de recourir à un licenciement collectif pour tenter de sauvegarder sa société³⁷⁹.

On remarquera, en effet, que le paiement des indemnités spéciales dues en cas de licenciement collectif est régi par la convention collective n° 10 du 8 mai 1973 relative aux licenciements collectifs, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 6 août 1973. Mais cette indemnité spéciale relative au licenciement collectif ne sera pas due dans le cadre de la faillite, car l'article 12 de la convention collective n° 10 s'y oppose en prévoyant que cette dernière ne peut être réclamée par le travailleur bénéficiant également de l'indemnité spéciale prévue en cas de fermeture d'entreprise. Or, la liquidation de la faillite implique en soi la fermeture de l'entreprise³⁸⁰.

³⁷⁸ V. C.T. Liège (5^e ch.), 14 janvier 1986, *R.D.S.*, 1986, pp. 399 et s.

³⁷⁹ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p. 431. L'on doit noter cependant que l'article 65 de la loi du 13 février 1998 montre que la législation relative au licenciement collectif n'a plus d'intérêt à être appliquée lorsque la faillite été déclarée en disposant qu'il « est exclu des dispositions du présent chapitre, le licenciement collectif intervenant dans le cadre d'une procédure de faillite (...) ».

³⁸⁰ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *ibid.*, p. 433.

En ce qui concerne les droits spécifiques aux travailleurs en cas de maintien au travail ou de licenciement par les curateurs, l'on peut se référer à l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui dispose que la faillite n'est pas un événement de force majeure qui met fin au contrat de travail.

La nouvelle loi belge sur les faillites ne contient aucune modification de ce principe. Le projet de loi sur les faillites comportait toutefois des dispositions nouvelles à cet égard (Doc. 631/1, pp. 133 et 134) résumées dans l'article 46 du projet 631 libellé comme suit :

« Les curateurs et les travailleurs peuvent mettre fin aux contrats de travail à durée déterminée ou durée indéterminée.

(...)

Si, dans les quinze jours de la faillite, les curateurs ne notifient pas aux travailleurs connus, par lettre recommandée à la poste, qu'il est mis fin au contrat de travail, celui-ci se poursuit et les curateurs ne peuvent y mettre fin que moyennant un préavis de six semaines, sous réserve des droits des travailleurs prévus à l'alinéa 4.

S'il est mis fin au contrat de travail par le travailleur ou par les curateurs dans les quinze jours de la faillite, le travailleur a droit aux indemnités dues pour cause de rupture de l'engagement »³⁸¹.

Ce projet avait le mérite de se prononcer sur les conséquences de la rupture du contrat de travail par les curateurs, car il découlait de cet article que l'indemnité compensatoire de préavis était qualifiée de « dette dans la masse », quel que soit le moment de la rupture, alors que les travailleurs qui poursuivaient le contrat de travail se voyaient accorder une indemnité compensatoire de préavis supplémentaire équivalent à six semaines de rémunération. Cette dernière était, quant à elle, qualifiée de « dette de la masse »³⁸².

Tenant compte de tout ceci, l'exposé des motifs justifiait alors cet article par l'insécurité juridique tenant aux obligations des curateurs en matière de licenciement des travailleurs

³⁸¹ V. B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 238.

³⁸² *Idem*, pp. 238-239 ; C. WANTIEZ, « Les principales dispositions sociales des lois relatives au concordat judiciaire et à la faillite », *loc. cit.*, p. 463.

protégés et aux doutes subsistant encore quant à l'étendue des dettes de la masse en ce qui concerne les travailleurs maintenus au travail par les curateurs après la faillite³⁸³.

Les vives critiques du Conseil National du Travail et du Conseil d'Etat ont finalement conduit à traiter les contrats de travail de la même manière que les autres contrats et donc à écarter l'article 46 du projet cité ci-dessus, même si l'amendement apporté par ailleurs à l'article 45 du projet 631 (devenu article 46 de la loi sur les faillites) a conduit, on le verra, à éclaircir l'étendue des dettes de masse en cas de poursuite des contrats en cours et notamment des contrats de travail³⁸⁴.

Pour mieux approfondir cette étude et l'insérer dans les analyses qui nous occupent, nous allons examiner d'abord les différentes questions qui se posent au tour du sort des contrats de travail en cas de faillite et les conséquences attachées à la décision des curateurs de rompre ou de poursuivre lesdits contrats et ensuite la situation des travailleurs non protégés et protégés par des règles particulières en insistant surtout sur la difficulté de concilier celles-ci avec les règles sur la faillite.

b) Le sort des contrats du travail

- **Principes**

La réforme de 1997 n'a pas eu pour conséquence de réserver un sort particulier aux contrats de travail, car le sort de ceux-ci reste soumis au droit commun de l'article 46 de la loi sur les faillites.

C'est cet article régissant les contrats en cours au moment de la faillite et notamment le contrat de travail qui pose le principe, réglant ainsi certaines questions relatives aux contrats en cours au moment de la faillite, sans malheureusement organiser le régime des dettes de la masse dans son ensemble. Il dispose, en effet, que :

³⁸³ V. Doc. 631/1, pp. 23-24 cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 514.

³⁸⁴ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 515.

« Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance des dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite ».

Il n'est plus besoin de mentionner que le régime porté par cet article s'applique aussi bien aux contrats de travail qu'à tous les autres contrats en cours, mettant ainsi fin aux incertitudes possibles en cas de silence des curateurs. Un jugement du tribunal de travail de Gand illustre d'ailleurs la difficulté qui régnait à cet égard sous l'empire de la loi de 1851. Ce dernier a jugé que le fait que le curateur maintienne le personnel au travail pendant une quinzaine de jours ne suffit pas pour conclure qu'il a engagé ce personnel dans le cadre d'un contrat de travail distinct de celui en vigueur au moment du jugement déclaratif³⁸⁵.

Cet article a, en outre, le mérite d'écarter la lecture extensive que certains avaient faite de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1968 selon lequel il fallait, pour distinguer ce qui était dette de masse de dette dans la masse, se fonder sur un critère chronologique. Dorénavant, il n'y a dette de masse que si le curateur en a décidé ainsi ou si la loi en décide ainsi expressément.

Autant cette disposition légale reconnaît que la faillite n'entraîne pas de plein droit la dissolution des contrats en cours au jour du jugement déclaratif, autant elle consacre le principe de l'option des curateurs en la matière. En effet, ces derniers sont, comme on l'a vu, placés devant un choix entre la poursuite de l'exécution du contrat de travail ou sa rupture.

³⁸⁵ V. Trib. Trav. Gand, 9 février 1981, *J.T.T.*, 1982, p. 321, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 458. Lire également B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 239.

Même s'ils prennent leur décision de poursuivre ou non l'exécution des contrats de travail en cours au moment de la faillite en toute liberté, sauf dans le cas où la loi subordonne l'exécution du contrat à l'autorisation du juge-commissaire, la loi impose, toutefois, qu'ils y procèdent dès leur entrée en fonction et sans délai.

On mentionnera pour terminer que la loi du 15 juillet 2005 a ajouté à cette disposition un texte important qui ne vise que les contrats de travail. Il est ainsi libellé :

« Si lors de la cessation des activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures applicables à la résiliation de ces contrats.

Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent des nouveaux contrats de travail avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités.

Après la déclaration de faillite et avant la clôture de la liquidation de celle-ci, les curateurs ont la faculté d'octroyer aux travailleurs licenciés, avec l'autorisation du juge-commissaire, une avance équivalente aux rémunérations et indemnités dues, et plafonnées à 80 % du montant visé à l'article 19, 3^obis, alinéa 1, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 ».

Il s'agit là, estime-t-on, d'une disposition qui codifie, en ce qui concerne le premier alinéa du paragraphe, la jurisprudence de la Cour de cassation devenue constante que la commission paritaire ne devait pas être consultée après une faillite³⁸⁶.

Plusieurs questions en rapport avec le contrat de travail peuvent ainsi être posées : quelle conséquence tirer de la rupture ou de la poursuite par les curateurs des contrats de travail et

³⁸⁶ I. VEROUGSTRAETE, « Actualités en droit des faillites et du concordat », *loc. cit.*, p. 318. L'auteur relève que « la Cour avait ainsi établi un lien indispensable entre ces deux disciplines proches, le droit social et le droit commercial ». Parmi les arrêts de la Cour allant dans ce sens, on peut citer notamment l'arrêt du 25 juin 2001. Il découle de cet arrêt que le curateur n'est plus tenu de consulter la commission paritaire à partir du moment où aucune poursuite des activités n'est envisagée, et que l'ensemble du personnel est licencié en même temps ou dans des très brefs délais, et ce, même en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce ordonnant la cessation immédiate des activités.

quelles sont les exigences de l'une ou l'autre situation ? Y a-t-il des limites au pouvoir des curateurs de conclure des contrats de travail à durée déterminée à la suite de la déclaration de faillite ? Quelle est la situation des travailleurs se trouvant dans l'impossibilité, faute de travail, de prêter à la suite de la déclaration de faillite ?

- **Non exécution du contrat de travail par les curateurs**

Il est possible que les curateurs accusent un certain retard pour se prononcer sur le sort des contrats de travail en cours compte tenu de l'ampleur du travail qui les attend dès leur entrée en fonctions. Cette situation n'échappe pas, on l'a vu, à la vigilance du législateur qui autorise le travailleur, à l'article 46, alinéa 2, de les mettre en demeure de prendre la décision de poursuivre ou non l'exécution du contrat de travail dans les quinze jours. Il s'agit là d'un moyen mis à la disposition des travailleurs pour rompre le silence des curateurs sur leur sort.

Si les curateurs décident de rompre le contrat de travail dans ce délai, ou s'ils ne se manifestent pas, ce qui aboutit à la même conséquence, l'indemnité compensatoire de préavis sera une dette « dans la masse »³⁸⁷, au même titre que la rémunération éventuellement due au travailleur pendant cette période de 15 jours – pour autant qu'il ait effectué des prestations³⁸⁸.

Si le cas de rupture du contrat de travail n'est pas très problématique, celui de la poursuite de ce dernier paraît, néanmoins, complexe.

- **Poursuite du contrat de travail par les curateurs**

Il peut arriver que les curateurs omettent de se prononcer sur la rupture d'un contrat de travail et que le travailleur ne somme pas ceux-ci de prendre position, car le travailleur n'est pas obligé de demander aux curateurs de prendre attitude dans le délai de 15 jours. Dans ce cas, le contrat de travail subsiste et les dispositions légales relatives à ce dernier continueront à s'appliquer. Les travailleurs se trouvant dans cette situation continueront par conséquent à

³⁸⁷ Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, I, 1988, p. 125.

³⁸⁸ B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 240 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 516.

remplir les tâches qui leur ont été assignées, à charge pour les curateurs, en contre partie des dites prestations, de les rémunérer³⁸⁹.

En dehors de cette hypothèse, il est des cas où les curateurs peuvent aussi, de manière expresse, décider de ne pas mettre fin immédiatement à certains contrats de travail (dans le but de permettre, notamment, la valorisation de certains actifs avant la clôture définitive de la procédure de faillite). Cette situation fait l'objet de l'article 46, alinéa 3, cité ci-dessus.

Il découle, en effet, de cette disposition que si les curateurs décident de poursuivre le contrat de travail, la rémunération et les primes dues pour les prestations effectuées après la déclaration de faillite, ainsi que l'indemnité compensatoire de préavis seront considérées comme des dettes « de la masse »³⁹⁰.

Il est utile de savoir également dans quelle catégorie de créance rentre l'indemnité de rupture née après la faillite, dans le cas où le contrat de travail aurait été poursuivi. Certains auteurs estiment, en effet, qu'elle reste dans la masse³⁹¹, alors que d'autres soutiennent, à juste titre, que cette indemnité constitue une dette « de la masse », dans son intégralité³⁹².

La Cour de cassation épouse cette dernière position, dans un arrêt tout à fait explicite du 2 mai 1997 en décidant que la créance du travailleur résultant de la rupture par le curateur du contrat d'emploi, alors qu'il y avait eu continuation même limitée, était pour le tout une dette de la masse et qu'il n'y avait pas lieu à répartition entre la partie de l'indemnité qui pouvait être imputée à la période avant et à celle suivant la déclaration de faillite.

Par contre, les arriérés de traitement pour prestations antérieures à la faillite seront des dettes dans la masse³⁹³. Cette seconde opinion va également dans le sens de l'alinéa 3 de l'article 46 qui fait rentrer cette indemnité dans les dettes de la masse, dans la mesure où elle trouve son origine dans les prestations effectuées après la faillite.

³⁸⁹ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p. 438.

³⁹⁰ V. B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 240, H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *ibid.*, p. 439.

³⁹¹ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 516.

³⁹² V. I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite », *loc. cit.*, p. 18 et s. Lire également, M. GREGOIRE, *op. cit.*, pp. 127-128; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 459.

³⁹³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 459.

Il est donc fondé que toute rupture ultérieure du contrat de travail fasse naître, au profit du travailleur dont le contrat a été poursuivi, une créance à charge de la masse, qui sera dès lors payée par priorité aux autres créances du débiteur.

Outre cette conséquence découlant de cet article 46, alinéa 3, fort utile pour l'éclaircissement de la catégorie de la créance des travailleurs et qui contribue à la liquidation transparente et rapide du patrimoine, d'autres conséquences peuvent être tirées de la poursuite des contrats de travail par les curateurs.

On admet, en effet, que l'employeur n'a nullement le droit de modifier de manière unilatérale les éléments essentiels du contrat de travail ; les fonctions du travailleur entrent en ligne de compte de ces derniers. Ce qui n'est pas sans soulever la question de savoir si, compte tenu de la spécificité de la procédure de faillite, le curateur peut, dans le but de clôturer la procédure de faillite, occuper certains travailleurs à d'autres fonctions que celles qui leur étaient initialement assignées.

La question est évidemment sans intérêt en cas d'accord du travailleur, car aucun problème ne se pose. En est-il de même, par contre, en cas de désaccord de ce dernier ? Non, car le travailleur se trouvant dans cette situation pourrait faire prévaloir la théorie de l'acte équipollent à rupture (licenciement implicite) selon laquelle la partie qui modifie unilatéralement un élément essentiel du contrat de travail marque de la sorte sa volonté de rompre ledit contrat³⁹⁴. Il pourrait aussi décider de rompre lui-même le contrat de travail en se fondant sur le fait que la modification de ses fonctions constitue un motif grave dans le chef du curateur.

Si dans le premier cas, le travailleur pourrait se voir accorder une indemnité compensatoire de préavis à charge de la masse, dans le second, par contre, le travailleur pourrait obtenir une rupture immédiate de son contrat de travail et réclamer, le cas échéant, des dommages et intérêts³⁹⁵.

³⁹⁴ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p. 439.

³⁹⁵ *Idem*, p. 439.

Le danger qui guète néanmoins le travailleur dans l'un et l'autre cas est que les circonstances dans lesquelles le curateur procède à cette modification unilatérale des fonctions, en l'occurrence la faillite, peuvent amener le tribunal à écarter l'acte équipollent à rupture ou le motif grave³⁹⁶. C'est à ce dernier qu'il revient d'apprécier la situation et de tirer les conséquences qui s'imposent.

- **Contrats de travail à durée déterminée conclus par les curateurs à la suite de la déclaration de faillite**

Ce point découle de l'article 46, alinéa 3, qui considère comme dettes « de la masse » ce qui, « lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat », est lié aux « prestations effectuées après la faillite ».

Il renvoie à la pratique des curateurs qui, pour éviter qu'une indemnité de préavis soit mise à charge de la masse pour la période d'occupation postérieure à la faillite – le travailleur licencié au moment de la déclaration de faillite, ou, à tout le moins, dans un bref délai, voyant sa créance relative à l'indemnité de préavis être intégrée dans la masse –, auront, comme par le passé sous l'empire de la loi de 1851, intérêt à licencier immédiatement ou dans le délai de quinze jours visé à l'article 46, alinéa 2, tous les travailleurs (sous réserve des travailleurs protégés) et à réengager par la suite certains travailleurs nécessaires aux travaux de liquidation dans les liens d'un contrat de travail à durée déterminée (ou pour un travail nettement défini), seule la rémunération afférente à ces prestations étant une dette « de la masse »³⁹⁷.

Cependant, cette pratique doit être utilisée avec précaution, dans la mesure où le nouveau contrat conclu doit être un contrat spécifique destiné à des activités de liquidation. A défaut et donc s'il se confond avec le premier, le tribunal pourrait y voir une continuité et, partant, une dette de la masse pour l'indemnité de rupture³⁹⁸.

³⁹⁶ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p. 439.

³⁹⁷ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *Faillite, concordat et droit du travail*, Bruxelles, Ed. Kluwer, 2000, p. 20 ; H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *ibid.*, pp. 439-440 ; C. WANTIEZ, « Les principales dispositions sociales des lois relatives au concordat judiciaire et à la faillite », *J. T. T.*, pp. 463-464.

³⁹⁸ V. B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 240.

Il est aussi un fait que la régularité de la succession de ces contrats à durée déterminée peut poser problème au regard des articles 10 et 10bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui posent le principe de l'interdiction de conclure successivement différents contrats de travail à durée déterminée avec le même travailleur, pour autant que les interruptions ne soient pas attribuables à ce dernier.

L'employeur qui viole cette interdiction court le risque de voir les contrats être requalifiés, au regard de ces articles, en contrats à durée indéterminée, avec les conséquences que cela entraîne notamment en matière de délai de préavis ou d'indemnité compensatoire de préavis.

Mais il peut faire exception à ce principe dans l'un des cas ci-dessous³⁹⁹ : s'il arrive à démontrer que ces contrats étaient justifiés par la nature du travail ou par d'autres raisons légitimes ; s'il se limite à la conclusion d'un maximum de quatre contrats à durée déterminée d'au moins 3 mois, pour une durée totale n'excédant pas 2 ans ; s'il demande l'autorisation préalable à l'administration.

Il n'est évidemment pas exclu que le curateur tente de justifier la conclusion de contrats à durée déterminée successifs par le fait qu'elle répondait à des raisons légitimes, à savoir la nécessité de clôturer la procédure de faillite. Le tribunal de travail de Bruxelles a ainsi jugé, concernant une procédure de liquidation, que des contrats successifs à durée déterminée conclus avec le liquidateur d'un concordat judiciaire étaient, eu égard au caractère spécifique et temporaire de cet emploi, justifiés par l'intérêt de la liquidation et par l'intérêt du travailleur concerné⁴⁰⁰.

Point n'est besoin de mentionner que le curateur ne pourrait cependant abuser de cette possibilité. La Cour d'appel de Bruxelles a eu d'ailleurs à décider, à cet égard, dans une espèce concernant une société mise en liquidation :

« Attendu qu'en l'espèce, de 1968 à 1979 les parties (chaque fois à l'initiative de l'employeur) ont conclu quinze contrats à durée déterminée sans interruption de prestation

³⁹⁹ V. H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, p. 441.

⁴⁰⁰ Trib. Trav. Bruxelles (4^e ch.), 29 mars 1983, *J. T. T.*, 1984, pp. 65-66.

entre eux ; que chacun des quatorze derniers contrats est motivé par les nécessités de la liquidation ;

Attendu que l'article 10 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail (...) est d'application en la cause ;

(...)

Attendu certes, que la liquidation d'une société peut justifier la conclusion à la suite immédiate d'un contrat à durée déterminée d'un, deux, voire trois contrats à durée déterminée successifs pour l'achèvement des travaux en vue de la cessation d'activité de l'entreprise dès lors que cette cessation est prévisible dans un avenir relativement proche, ce qui est une question de fait ;

Attendu que tel n'est, d'évidence, pas le cas lorsque, comme en l'occurrence, une série de quinze contrats à durée déterminée sont conclus en plus de 11 ans ; que pareille période démontre qu'à l'origine en mai 1968, la fin des opérations de liquidation n'était pas prévisible, même à relativement longue échéance ;

(...)

Attendu pour conclure qu'en l'espèce les 15 contrats à durée déterminée successifs conclus entre parties, ne forment qu'un seul contrat à durée indéterminée qui ne pouvait être rompu que moyennant la remise d'un préavis »⁴⁰¹.

Il en résulte que cette habitude des curateurs, consistant à licencier l'ensemble du personnel dès leur entrée en fonction afin d'éviter l'augmentation de la charge de la masse et de conclure, par la suite, un contrat à durée déterminée ou un contrat pour un travail spécifiquement défini au cas où la poursuite des activités de l'entreprise s'avérerait nécessaire ou si le maintien de certains travailleurs pour les besoins de la liquidation s'imposait, n'est pas découragée par la loi de 1997, qui ne la réglemente pas d'ailleurs expressément. Elle trouve, fort heureusement pour les travailleurs et pour la masse en général, des limites dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, aux articles 10 et 10 bis. Ce qui fait que les curateurs n'en feront usage qu'avec beaucoup de précaution.

⁴⁰¹ C. T. Bruxelles (4^e ch.), 20 avril 1983, R. D. S., 1983, pp. 276-281.

- **Cas des travailleurs au chômage à la suite de la déclaration de faillite**

Les difficultés financières de l'entreprise ayant conduit à sa déclaration de faillite se traduisent le plus souvent par une diminution sensible du travail fourni aux travailleurs par l'employeur au point que les curateurs peuvent se trouver, au moment de leur entrée en fonctions, dans l'impossibilité de donner du travail à un certain nombre de travailleurs.

En pareilles circonstances, les travailleurs ignorent le plus souvent le sort réservé à leur contrat de travail jusqu'à l'expiration du délai de 15 jours imparti aux curateurs pour prendre une décision à ce sujet et ne fournissent le plus souvent aucune prestation au cours de ce délai. Il est alors question de savoir si ces travailleurs qui n'ont pas travaillé pendant la période entre le jugement déclaratif de faillite et l'expiration du délai de 15 jours peuvent prétendre ou non, pour cette période précise, au paiement de leur rémunération.

Il découle des arrêts de la Cour de cassation belge qu'il n'y aura pas de rémunération dans ce cas en application de la règle selon laquelle la rémunération est la contrepartie du travail fourni en exécution du contrat de travail. Dès lors, en l'absence de dispositions légales ou contractuelles dérogatoires, le travailleur n'a pas droit à sa rémunération pour la période pendant laquelle il n'aurait pas travaillé, même par le fait de l'employeur⁴⁰².

Une voie reste, cependant, ouverte au travailleur se trouvant dans cette situation. Il pourra, le cas échéant, prétendre à des dommages et intérêts conformément au droit commun. Les travaux préparatoires rappellent d'ailleurs qu'« en théorie, le travailleur a, il est vrai, la faculté de réclamer, sur base du droit commun, des dommages et intérêts pour ladite période. Néanmoins, le fardeau de la preuve de la faute, du dommage et du lien causal incombe au travailleur »⁴⁰³.

⁴⁰² V. Cass.(3^e ch.), 24 décembre 1979, *R. W.*, 1980-1981, p. 410 ; Cass.(3^e ch.), 16 mars 1992, *R. W.*, 1992-1993, p. 401 ; Cass.(3^e ch.), 18 janvier 1993, *J. T. T.*, 1993, pp. 223-224 et *Pas.*, I, 1993, p. 61 ; Cass.(3^e ch.), 26 avril 1993, *J. T. T.*, 1993, pp. 260-261 et *Pas.*, I, 1993, p. 392, cité par H. – Fr. LENAERTS, « Procédures collectives et droit du travail : l'interférence de deux législations », *loc. cit.*, pp. 442-443 ; C. WANTIEZ, « Les principales dispositions sociales des lois relatives au concordat judiciaire et à la faillite », *loc. cit.*, p. 463 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 516.

⁴⁰³ Doc. Parl., Ch., sess. 1995-1996, 329/17, pp. 140 et 141 cité par C. WANTIEZ, « Les principales dispositions sociales des lois relatives au concordat judiciaire et à la faillite », *ibid.*, p. 463.

c) De la créance des travailleurs

Nous venons de voir que les travailleurs peuvent faire valoir dans la faillite de leur employeur diverses créances. L'objectif de ce point est de préciser maintenant la place de ces dernières dans le concours né de la déclaration de faillite, d'une part, et, de l'autre, mettre en évidence le traitement particulier réservé aux travailleurs en tant que créanciers du failli par rapport notamment aux créanciers chirographaires. Pour ce faire, nous examinerons tour à tour les règles gouvernant la procédure de déclaration de créance des travailleurs, celles régissant les privilèges attachés à leurs créances ainsi que celles organisant les modalités d'intervention du Fonds de fermeture d'entreprise.

- **De la déclaration de créance**

Comme toute créance envers le failli, les créances des travailleurs sont déclarées et admises au passif de la faillite conformément aux règles énoncées aux articles 62 et suivants de la loi sur les faillites. Le législateur n'a prévu aucune modalité particulière concernant les travailleurs.

L'alinéa 1^{er} de l'article 62 de la loi susmentionnée porte, en effet, le caractère obligatoire de la déclaration de créance lorsqu'il dispose que *« pour participer à une répartition ou pour exercer personnellement un droit de préférence quelconque, les créanciers sont tenus de déposer au greffe du tribunal de commerce la déclaration de leurs créances avec leurs titres, au plus tard le jour indiqué par le jugement déclaratif de faillite. Sur demande, le greffier délivre un récépissé »*.

Dans la pratique, lorsque le curateur décide de mettre un terme aux contrats de travail, il envoie aux travailleurs concernés une lettre leur signalant qu'en raison de la faillite, il ne peut poursuivre en cette qualité l'exécution de leur contrat de travail et les prie par conséquent de produire leur créance au passif de la faillite. Un formulaire de déclaration de créance est joint à cette lettre. Le formulaire, dûment rempli, signé soit par le travailleur concerné, soit par un mandataire spécial, accompagné des pièces justificatives disponibles (copie du contrat de

travail, d'une feuille de paie, ...), doit être déposé au greffe du tribunal de commerce qui a déclaré la faillite⁴⁰⁴.

La déclaration de créance doit indiquer de manière distincte, en net, les éléments suivants⁴⁰⁵ : la rémunération au sens de l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ; l'indemnité de licenciement ; le pécule de vacances ; les éléments non privilégiés de la créance du travailleur ; et, le cas échéant, les intérêts de retard sur chacune de ces sommes au jour du jugement déclaratif.

Le travailleur peut ne pas disposer de tous ces éléments, combien indispensables au calcul de sa créance. Dans ce cas, il lui est possible de faire une déclaration provisionnelle, en indiquant le montant auquel il évalue ce qui lui revient et en précisant que cette déclaration est provisoire.

Aucune difficulté ne se pose lorsque le curateur marque son accord sur la créance déclarée, car elle est admise à la séance de vérification des créances ou ultérieurement par jugement du tribunal de commerce (juridiction compétente en vertu de l'article 574, 2°, du code judiciaire). En revanche, en cas de contestation par le curateur du principe ou du montant de la créance déclarée, le tribunal de commerce ne pourra se prononcer sur le bien fondé de la prétention du travailleur. Il renverra, en ce cas, la cause au tribunal du travail, lequel statuera sur l'existence éventuelle de la créance litigieuse et déterminera, le cas échéant, son montant précis⁴⁰⁶.

Ceci est conforme au prescrit de la loi du 24 mars 1975 qui a modifié l'article 574, 2°, du Code judiciaire qui prévoit, depuis lors, que le tribunal de commerce connaît, même lorsque les parties ne sont pas commerçantes, « des actions et contestations qui découlent directement des faillites ». Ce qui signifie que cette compétence porte non seulement sur la faillite elle-même, mais aussi sur les actions qui trouvent leur justification et leur fondement dans l'état de faillite et dont les éléments de solution résident dans les règles propres au droit de la faillite (contestations relatives à la vérification des créances, admission d'une créance tardive, actions relatives à la gestion du curateur, à des concours de privilèges, à des revendications, ...) ⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 25 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 528.

⁴⁰⁵ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 528.

⁴⁰⁶ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *ibid.*, p. 26 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 541.

⁴⁰⁷ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *ibid.*, p. 26 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 541.

Sont cependant soustraites désormais au tribunal de commerce les contestations qui n'ont qu'une relation purement occasionnelle et factuelle avec l'état de faillite. Rentrent dans ces contestations, celles fondées sur des contrats d'emploi et de travail, qui relèvent exclusivement de la compétence des juridictions du travail⁴⁰⁸. Le tribunal de commerce ne retrouvera sa compétence qu'après que celles-ci auront été définitivement jugées par ces dernières. Il se limitera alors à entériner leur décision et à ordonner, selon le cas, l'admission de la créance au passif de la faillite ou sa biffure⁴⁰⁹.

On retiendra également que les contestations relatives aux contrats de travail conclus entre le curateur et des salariés, postérieurement au jugement déclaratif de faillite, sont de la compétence des juridictions de travail à telle enseigne que le travailleur pourrait choisir de faire constater sa créance directement par le tribunal du travail et postuler ensuite son admission par le tribunal de commerce au passif de la faillite⁴¹⁰. Mais tout doit se faire conformément à l'article 72, alinéa 4, de la loi du 8 août 1997 qui prévoit que « *le droit d'agir en admission d'une créance constatée pendant la liquidation par un autre tribunal que celui de la faillite se prescrit par six mois à dater du jugement définitif passé en force de chose jugée* ».

Quant à la question de savoir si le montant en cause est une créance de la masse ou dans la masse, elle relève exclusivement de la compétence du tribunal de commerce⁴¹¹.

Les créances des travailleurs déclarées et admises au passif de la faillite sont garanties par les privilèges. Les considérations qui suivent tenteront ainsi de déterminer l'étendue des privilèges des travailleurs.

- **Des privilèges attachés aux créances des travailleurs**

Nous allons examiner ici essentiellement le mécanisme de protection de la créance des travailleurs en cas de faillite de leur employeur. Ceci nous amènera à préciser l'économie générale des règles instituant les privilèges des travailleurs, l'objectif étant bien entendu,

⁴⁰⁸ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 26 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, La compétence, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 502-504.

⁴⁰⁹ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *ibid.*, p. 26.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 27.

⁴¹¹ Cass., 26 février 1981, *J.T.*, p. 287 ; A. ZENNER et L. JANSSENS, « Faillites et droit social », *J.T.T.*, 1986, p. 255.

d'une part, de déterminer leur assiette et, de l'autre, de préciser le rang des privilèges des travailleurs par rapport aux privilèges des autres créanciers. Nous n'approfondirons pas ici les privilèges du Fonds d'indemnisation ou de l'Office national de sécurité sociale, mais nous examinerons la problématique du concours des privilèges entre les travailleurs, le fisc et ces deux organismes précités.

Compte tenu de la complexité de la matière, nous subdivisons cette étude en cinq points ci-après, pour plus de clarté : siège de la matière ; titulaires des privilèges ; créances garanties ; rémunération nette ; étendue des privilèges.

- **Siège de la matière**

Plusieurs textes légaux consacrent les privilèges des travailleurs en droit belge :

- l'article 19, 3^obis, de loi hypothécaire du 16 décembre 1851 prévoit que *« pour les travailleurs visés à l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, la rémunération telle qu'elle est définie à l'article 2 de ladite loi, sans que son montant puisse excéder 300 000 francs⁴¹² ; cette limitation ne s'applique pas aux indemnités comprises dans la rémunération et qui sont dues aux mêmes personnes pour rupture de leur engagement »*.
- L'article 19, 4^o, dispose que *« les sommes dues en vertu de l'arrêté - loi sur les vacances annuelles des travailleurs salariés à titre de cotisation ou de rémunération de vacances, pour l'exercice échu et pour l'année en cours »*.
- L'article 90 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites qui précise que *« pour les travailleurs visés à l'article premier de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, la rémunération, telle qu'elle est définie à l'article 2, alinéa premier, de ladite loi et les indemnités comprises dans la rémunération et qui sont dues aux mêmes personnes pour cause de rupture de leur engagement, sont, sans égard au fait que la rupture ait eu lieu avant ou après la déclaration de faillite, admises au nombre des créances privilégiées au même rang et jusqu'à concurrence des mêmes montants que le privilège établi en faveur des mêmes personnes par l'article 19, 3^obis, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 »*.

⁴¹² La loi du 26 juin 2002 (M.B., 9 août 2002) a converti ce plafond à 7.500,00 EUR.

Tous ces textes octroient aux travailleurs, en cas de faillite, un privilège général sur les biens meubles pour le paiement de leur rémunération, de leur indemnité de rupture et de leurs pécules de vacances.

Précisons, avant tout développement de la question, le champ d'application *ratione personae* de ces textes.

- Titulaires de privilèges

Le champ d'application *ratione personae* des articles 19, 3^o*bis* et 4^o, de la loi hypothécaire et 90 de la loi sur les faillites est fort large et clairement défini. Il concerne les « travailleurs visés à l'article 1^{er} de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ».

Il s'étend ainsi à tout travailleur lié par un contrat de travail, tel que précisé par les lois relatives aux contrats de travail : les ouvriers, les employés, les représentants de commerce, les domestiques, les étudiants sous contrat temporaire, ...⁴¹³.

La loi du 12 avril 1965 précise, en outre, les assimilés aux travailleurs. Il s'agit des « apprentis, ainsi que [des] personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de louage de travail⁴¹⁴, fournissent contre rémunération des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne ».

Au regard de cette loi, toutes les personnes rémunérées totalement ou partiellement au pourboire ou au service sont présumés, sauf preuve contraire, être des travailleurs auxquels s'appliquent ces dispositions⁴¹⁵.

En résumé, tous les travailleurs ainsi que leurs assimilés peuvent se prévaloir, en cas de faillite de leur employeur, du privilège établi par les articles cités ci-dessus, dans la mesure où ils travaillent contre rémunération dans un lien de subordination⁴¹⁶.

⁴¹³ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 29 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 533 ; A. ZENNER et L. JANSSENS, « Faillites et droit social », *loc. cit.*, 1986, p. 255.

⁴¹⁴ Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *ibid.*, p. 29 relève que sont visées les personnes qui ne sont pas soumises à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

⁴¹⁵ V. A. ZENNER et L. JANSSENS, « Faillites et droit social », *ibid.*, p. 255.

C'est ainsi qu'il a été jugé, à juste titre, que l'administration fiscale ne pouvait invoquer le privilège de l'article 19, 3^obis, de la loi hypothécaire pour les impôts dus sur ces rémunérations⁴¹⁷. De même, le personnel intérimaire – qui n'est pas sous contrat avec l'utilisateur ou dans un lien de subordination à son égard et ne reçoivent de lui aucune rémunération et donc n'a aucune créance envers lui – ne peut réclamer le bénéfice du privilège, tout comme d'ailleurs la société d'intérim, qui ne pourrait non plus invoquer cette garantie par subrogation⁴¹⁸.

On admet, en revanche, que le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises peut, par subrogation, se prévaloir du privilège des travailleurs pour les sommes qu'il a payées à ces derniers⁴¹⁹.

- Créances garanties

Il découle de ce qui précède que bénéficient d'une garantie, en cas de faillite de l'employeur, les créances des travailleurs auxquels s'applique la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et de ceux qui y sont assimilés par l'article 1^{er}, 1^o, de la loi du 12 avril 1965.

La créance garantie comprend, d'une part, la rémunération et les indemnités de licenciement et, de l'autre, le pécule de vacances.

En ce qui concerne la rémunération et les indemnités de licenciement, le principe est énoncé par l'article 19, 3^obis, de la loi hypothécaire ainsi que l'article 90 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui établissent un privilège général sur les meubles s'agissant de la créance de rémunération sans que le montant privilégié puisse excéder 7.500 EUR.

⁴¹⁶ V. A. ZENNER et L. JANSSENS, « Faillites et droit social », *loc. cit.*, p. 255 ; J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, p. 42.

⁴¹⁷ V. Comm. Bruxelles, 20 juin 1989, *R.D.C.*, 1989, p. 989 cité par J.-L. LEDOUX, « Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993) », *J.T.*, 1994, p.329.

⁴¹⁸ V. J.-L. LEDOUX, *ibid.*, p. 43, qui relève que ce mécanisme (la subrogation) ne peut procurer plus de droits qu'en avait le créancier subrogé ; or, les travailleurs n'ayant pas de créances privilégiées à l'égard de l'utilisateur, la société d'intérim ne peut revendiquer cette garantie. C'est en effet une dette propre que doit supporter la société d'intérim (Comm. Hasselt, 3 mars 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 1089 ; *R.D.C.*, 1995, p. 620).

⁴¹⁹ V. J.-L. LEDOUX, « Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993), *ibid.*, p. 329 ; *ibid.*, p. 43.

Cette limitation ne s'applique pas aux indemnités comprises dans la rémunération et qui sont dues aux mêmes personnes (travailleurs) pour rupture de leur engagement⁴²⁰. Elle ne concerne seulement que les arriérés de rémunération.

L'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 qualifie de « rémunération » :

- le salaire en espèces auquel le travailleur a droit à charge de son employeur en raison de son engagement ;
- le pourboire ou le service auquel il peut prétendre pour le même motif ou en vertu d'un usage ;
- les avantages évaluables en argent dont le paiement trouve sa cause dans ledit engagement.

Ne sont pas, par contre, considérés comme « rémunération » au sens de l'article 2, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965 :

- le pécule de vacances ;
- les sommes versées à titre de complément d'indemnités dues par suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ;
- les sommes qui doivent être considérées comme un complément des avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale.

Le texte aboutit ainsi à privilégier principalement les sommes dues comme contrepartie du travail presté⁴²¹.

Il convient de préciser que le pécule de vacances est cependant privilégié en vertu de l'article 19, 4^o, de la loi hypothécaire, même s'il ne constitue pas, comme on vient de le voir, un élément de la rémunération⁴²².

⁴²⁰ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, 1985, p. 603 ; Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 29 ; J.-L. LEDOUX, « Les sûretés réelles et la publicité foncière(1987-1993) », *loc. cit.*, p. 329.

⁴²¹ V. cass., 11 septembre 1995, *Bull.*, 1995, p. 793 ; *Pas.*, 1995, I, p. 793, cité par J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, p. 43.

⁴²² Il y a lieu de préciser que le pécule de vacances des travailleurs ouvriers n'est pas dû par l'employeur. Il est payé par une caisse de vacances alimentée par les cotisations que l'employeur est tenu de verser à cette fin à l'O.N.S.S. (Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 207).

Seront donc privilégiés soit à titre de « rémunération », soit à titre de « sommes dues en vertu de l'arrêté-loi sur les vacances annuelles des travailleurs salariés » et bénéficient de ce fait du privilège général sur meubles, limité à concurrence d'un montant total de 7.500 EUR., sauf en ce qui concerne les sommes dues en raison de la rupture du contrat de travail⁴²³ : le salaire (horaire, mensuel, ...) ; les avantages en nature ; les commissions dues aux représentants de commerce ; le salaire garanti en cas d'incapacité de travail inférieure à quatre semaines ; la rémunération due en cas de suspension du contrat avec maintien de la rémunération (par exemple pour les jours de « petit chômage ») ; le salaire journalier garanti dû en vertu de l'article 27 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ; la rémunération afférente aux jours fériés ; le sursalaire des heures supplémentaires ; les primes de fin d'année, gratifications et autres primes auxquelles le travailleur a droit en vertu d'une convention collective, d'un contrat de travail ou d'un usage ; les intérêts dus sur l'arriéré de rémunération ou d'indemnités de préavis ; les remboursements de frais ; les avantages réservés aux seuls syndiqués (prime syndicale) ; l'intervention patronale dans l'abonnement social S.N.C.B. du travailleur ; l'indemnité compensatoire de préavis ; l'indemnité d'éviction du représentant de commerce ; l'indemnité pour licenciement abusif ; l'indemnité de protection des travailleurs protégés ; l'indemnité compensatoire de clause de non-concurrence ; l'indemnité de fermeture ; les indemnités en cas d'interruptions du travail.

La complexité de créances garanties ne peut en tout cas étonner dès lors que le législateur a employé une formule extensive pour décrire la notion de rémunération : avantage auquel le travailleur a droit en raison de son engagement⁴²⁴. C'est pour cette raison que toute interprétation tendant à limiter la notion de rémunération à celle due exclusivement en contre partie des prestations fournies serait contraire à sa volonté⁴²⁵.

On ne saurait passer sous silence le problème que soulève actuellement la formulation de l'article 90 de la loi sur les faillites. En effet, cet article se réfère à la notion de rémunération telle que définie à l'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 12 avril 1965 (salaire en espèce auquel le travailleur a droit à charge de son employeur en raison de son engagement ; pourboire ;

⁴²³ V. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 349 ; A. CLOQUET, *op. cit.*, 1985, p. 603 ; Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 30-31 ; B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, pp. 245-247 ; J.-L. LEDOUX, « Les sûretés réelles et la publicité foncière(1987-1993), *loc. cit.*, p. 329 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 206 ; A. ZENNER et L. JANSSENS, « Faillites et droit social », *loc. cit.*, p. 256.

⁴²⁴ V. J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, p. 43.

⁴²⁵ V. A. ZENNER et L. JANSSENS, « Faillites et droit social », *ibid.*, p. 256.

avantages évaluables en argent dont le paiement trouve sa cause dans l'engagement), sans tenir compte des exclusions qui y sont apportées par l'alinéa 3.

Faisant allusion à cette référence à l'alinéa 1^{er}, certains auteurs ont considéré, s'appuyant bien entendu sur la lettre du texte légal, que ces sommes auxquelles le travailleur peut prétendre à charge de son employeur en raison de son engagement sont, dorénavant, « admises au nombre des créances privilégiées au même rang et jusqu'à concurrence des mêmes montants que le privilège établi en faveur des mêmes personnes par l'article 19, 3^o*bis*, de la loi hypothécaire »⁴²⁶. Sont ainsi visés, le pécule de vacances, les sommes versées à titre de complément d'indemnités par suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et les sommes qui doivent être considérées comme un complément des avantages accordés pour les diverses branches de la sécurité sociale⁴²⁷.

Nous partageons la position des autres auteurs qui critiquent le point de vue susmentionné en relevant que l'ajout de « alinéa 1^{er} » dans l'article 90 de la loi sur les faillites ne modifie pas l'assiette du privilège organisé par l'article 19, 3^o*bis*, de la loi hypothécaire⁴²⁸ pour les raisons suivantes :

- le souci du législateur, en déposant l'amendement, était de faire concorder les textes et non d'étendre l'assiette d'un privilège⁴²⁹ ;
- l'article 90 de la loi sur les faillites ne concerne ni le rang des privilèges, ni l'étendue de leur assiette, mais règle les droits des travailleurs eu égard au moment de la rupture⁴³⁰ ;
- la loi sur les faillites n'a absolument pas modifié la loi hypothécaire, fût-ce incidemment. Il n'y a par conséquent pas lieu d'interpréter l'article 90 de façon extensive⁴³¹.

En somme, une telle interprétation ne transparaît pas des travaux préparatoires et semble se heurter au principe selon lequel les privilèges doivent s'interpréter de manière restrictive⁴³². Il

⁴²⁶ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 33.

⁴²⁷ V. B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, pp. 247-248.

⁴²⁸ Dans ce sens, Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 33 ; B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *ibid.*, p. 248 ; J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, pp. 44-45 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 494.

⁴²⁹ V. B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *ibid.*, p. 248.

⁴³⁰ *Idem*, p. 248.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 248.

⁴³² V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 33.

demeure évident que la jurisprudence sera amenée à préciser la portée de l'article 90 dans les jours à venir.

- Créances garanties – Rémunération nette

Le privilège des travailleurs se limite au montant net de la rémunération, des indemnités de rupture et du pécule de vacances⁴³³. Le montant net correspond alors au montant brut (7.500 EUR.) diminué de cotisations personnelles de sécurité sociale et du précompte professionnel, calculés aux taux forfaitaires et uniformes de 13,07% pour les cotisations sociales⁴³⁴ et de 27,25% pour le précompte professionnel⁴³⁵.

C'est ce que précise, en effet, la loi du 26 juin 2002 précitée, qui prévoit que la rémunération privilégiée est celle visée par l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 avant l'imputation des retenues dont question à l'article 23 de la même loi. Ainsi, le Fonds de sécurité en bénéficiera en raison de la subrogation mais également l'O.N.S.S. et le fisc à concurrence de ce qui leur revient⁴³⁶.

Le privilège organisé par l'article 19, 3^obis, ne s'applique donc pas aux cotisations sociales et au précompte professionnel. C'est pourquoi même si le curateur est tenu d'admettre au passif la rémunération brute du travailleur, le privilège ne sera accordé que sur le montant net⁴³⁷.

On ne peut manquer de préciser que les contributions personnelles de sécurité sociale et le précompte professionnel sont des dettes de l'employeur à l'O.N.S.S. et à l'administration des

⁴³³ V. Cass., 23 novembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 862 et note Chr. VAN BUGGENHOUT et PARIJS ; *J.T.*, 1993, p. 736, obs. Fr. T'KINT, *J.T.T.*, 1993, p. 63 ; B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 247 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 535.

⁴³⁴ Article 23, alinéa 4, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés et chapitre 2 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté - loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, fixant les modalités de calcul des cotisations par référence à la notion de rémunération.

⁴³⁵ Arrêté royal du 30 juillet 1994 modifiant l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du C.I.R. 1992, *M.B.* du 26 juillet 1993, p. 17351.

⁴³⁶ V. J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, p. 42. L'auteur observe, en outre, qu'avant cette loi, la Cour de cassation avait précisé que le privilège ne pouvait être accordé que pour les sommes réellement dues au travailleur. Cela excluait les sommes qui doivent lui être retenues pour être versées aux organismes sociaux et fiscaux (Cass., 23 mai 1996, *Bull.*, 1996, p. 509 ; *Pas.*, 1996, I, p. 509 ; cet arrêt casse l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1^{er} mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 707 ; Cass., 23 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1295 ; *J.T.*, 1993, p. 736 et obs. F. T'KINT ; cette décision casse l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 mars 1991, *R.G.D.C.*, 1993, p. 237 et note M. GREGOIRE ; Cass., 5 octobre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 826).

⁴³⁷ B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *ibid.*, pp. 248-249 ; J.-L. LEDOUX, « Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993) », *loc. cit.*, p. 329.

impôts directs. Leur paiement est privilégié respectivement par l'article 19, 4^{ter}, de la loi hypothécaire et les articles 422 et 423 du Code des impôts sur les revenus de 1992, tels que modifiés par la loi du 28 juillet 1993 portant des dispositions fiscales et financières, qui confèrent à la créance du précompte professionnel du Trésor un privilège au même rang que l'O.N.S.S.⁴³⁸.

- Etendue des privilèges

Nous avons déjà vu que les privilèges des travailleurs sont des privilèges généraux sur meubles et qu'à ce titre ils ne doivent s'exercer que sur le produit de la réalisation de l'ensemble des actifs mobiliers de la faillite, sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 19 de la loi hypothécaire.

Cet article 19 précise, en effet, que le rang des privilèges est déterminé par l'ordre dans lequel ils figurent dans l'énumération qu'il porte. Ainsi, le privilège relatif à la rémunération et à l'indemnité de rupture (article 19, 3^o*bis*) figure au quatrième rang des privilèges généraux après les privilèges généraux des frais de justice (article 19, 1^o), des frais funéraires (article 19, 2^o) et des frais de maladie (article 19, 3^o). Au cinquième rang des privilèges généraux figure le privilège relatif au pécule de vacances institué par l'article 19, 4^o, de la loi hypothécaire.

Il en résulte que si ces privilèges généraux sur meubles reconnus aux créances salariales priment, à cause de la préférence reconnue à toute sûreté, les créances chirographaires, ils restent néanmoins primés, quant à eux, par les créances hypothécaires, gagistes et celles bénéficiant d'un privilège spécial sur meubles ou immeubles.

Il reste à savoir maintenant si, au regard de cet ordre de préférence, le privilège attaché à la créance des travailleurs est efficace en cas de concours découlant de la faillite. Les lignes qui suivent tenteront de répondre à cette question.

• De l'intervention du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises

⁴³⁸ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp.535 et 558.

- **Siège de la matière et missions du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises**

La loi du 28 juin 1966 relative à l'indemnisation des travailleurs en cas de fermeture d'entreprises a institué, en vertu de son article 9, un fonds dénommé « Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises », qui est un organisme public dépendant de l'Office national de l'emploi (O.N.E.m.).

La mise en place de ce dispositif protecteur supplémentaire pour les travailleurs par le législateur est justifié par le fait que les privilèges reconnus à ces derniers par les articles 19, 3°bis et 19, 4°, de la loi hypothécaire ne leur assurent pas une protection suffisante en cas de fermeture d'entreprise, dans la mesure où les actifs du failli s'avèrent généralement insuffisants pour assurer l'indemnisation des travailleurs.

Il est sans doute évident que ces privilèges confèrent à leurs bénéficiaires un droit de préférence qui peut demeurer, cependant, inefficace si l'actif disponible (après ponction par les créanciers titulaires de gages sur fonds de commerce, d'hypothèques ou de privilèges spéciaux) n'est pas suffisant, comme il en est le plus souvent le cas en matière de faillite, pour permettre le paiement de l'important volume de créances privilégiées dont le licenciement de tous les travailleurs est à l'origine⁴³⁹.

C'est cette réalité qui a motivé la création de ce Fonds d'indemnisation et sa mission consistant au départ à se substituer à l'employeur défaillant pour le paiement des indemnités spéciales dues en cas de licenciement collectif et étendue ensuite à la garantie de paiement de certains avantages dus par l'employeur défaillant en cas de fermeture d'entreprises (lois du 30 juin 1967, 12 mai 1975, et 19 mars 1991), au paiement d'une indemnité de transition aux travailleurs repris suite à une reprise de tout ou partie de l'actif d'une entreprise en faillite (loi du 12 avril 1985) et au financement partiel des frais résultant d'un chômage temporaire en cas d'intempéries, d'accident technique ou de manque de travail pour cause économique (loi du 26 juin 1992)⁴⁴⁰.

⁴³⁹ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 34 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 207 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 542.

⁴⁴⁰ V. J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, pp. 47 et s. ; Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 207-208 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 542-543.

Il en résulte que le législateur veut assurer le paiement, en lieu et place de l'employeur défaillant, de toutes les sommes dont celui-ci est redevable aux travailleurs en cas de fermeture de l'entreprise, sauf à les recouvrer, essentiellement par la technique de la subrogation, à charge de l'employeur à qui ce Fonds s'est ainsi substitué⁴⁴¹. C'est donc à juste titre qu'on relève que l'intervention du Fonds est essentiellement conçue dans une perspective de garantie actuellement et est l'exemple d'une technique moderne de protection de créances, jugées dignes d'intérêt, contre l'insolvabilité du débiteur⁴⁴².

On ne peut manquer de préciser, au regard de ce qui vient d'être dit, que c'est le Fonds qui assure, dans certaines limites, le paiement net aux travailleurs et qui effectuera des retenues de cotisations sociales et de précompte professionnel. C'est fort de ces missions dont il est investi que le Fonds doit pouvoir recouvrer à charge de la masse, dans la mesure du possible, les sommes déboursées⁴⁴³. D'où l'intérêt de commenter les actions et privilèges lui reconnus.

- Actions, privilèges et concours du Fonds de fermeture

La récupération par le Fonds de fermeture auprès de l'employeur de ce qu'il a payé aux travailleurs n'est pas aisée compte tenu de la complexité du régime. Notre objectif ici est de déterminer la nature de l'intervention et des recours du Fonds de fermeture, l'étendue de ses privilèges et les principes de solution qui gouvernent les différents cas de concours possibles.

En ce qui concerne la nature de l'intervention et le recours du Fonds de fermeture, la Cour de cassation a eu l'occasion de décider que les interventions du Fonds par application des loi de 1966 en garantie du paiement de certains avantages dus par l'employeur défaillant en cas de fermeture d'entreprise résultent d'une obligation légale et la dette que celle-ci institue à charge du Fonds lui est propre et est différente de celle de l'employeur⁴⁴⁴. Par conséquent, le Fonds ne peut invoquer la subrogation légale prévue à l'article 1251, 3°, du Code civil pour toutes les sommes payées en lieu et place de l'employeur⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 207.

⁴⁴² *Idem*, p. 208.

⁴⁴³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 497.

⁴⁴⁴ Cass., 1^{er} octobre 1975, *Pas.*, 1976, p. 133.

⁴⁴⁵ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 554.

La Cour d'appel de Mons est allée dans ce sens en décidant que le Fonds exécutait une obligation propre donnant naissance à une créance propre dénuée de tout mécanisme subrogatoire et donc de la faculté d'invoquer un privilège⁴⁴⁶. La Cour de cassation a confirmé cette position dans un arrêt du 13 décembre 1993⁴⁴⁷ en décidant qu'à défaut de disposition légale en ce sens, le Fonds ne peut invoquer le bénéfice de la subrogation pour obtenir la récupération des retenues sociales et fiscales qu'il a effectuées sur la rémunération des travailleurs.

La loi de 1967 précitée prévoit, à la différence de la loi de 1966, d'une part, à son article 8, alinéa 1^{er}, que le Fonds est subrogé de plein droit aux droits et actions des travailleurs vis-à-vis de l'employeur – débiteur pour le recouvrement auprès de ce dernier des rémunérations, indemnités et avantages qu'il leur a payés à sa place – et, d'autre part, à l'alinéa 2 de cet article qu'il est subrogé de plein droit aux droits et actions des organismes de sécurité sociale pour le recouvrement auprès de l'employeur – débiteur des cotisations sociales et des cotisations patronales payées à l'O.N.S.S.

Cette subrogation prévue expressément à l'article 8 de la loi de 1967 ne posait pas problème en tant que telle à propos de ces dépenses. C'est plutôt la question de savoir si le Fonds est subrogé lorsqu'il verse aux travailleurs la rémunération à concurrence des montants bruts (puisqu'il a effectué les retenues sociales et fiscales au profit de ceux-ci et à destination des organismes concernés) ou nets qui était à la base du litige⁴⁴⁸.

On peut lire, à cet égard, que la Cour d'appel de Bruxelles, qui avait admis que le travailleur était privilégié à concurrence des montants bruts de sa rémunération, ne retint pas la même solution pour le Fonds, estimant que celui-ci ne pouvait réclamer sur cette base que les montants nets. La Cour ajoutait que pour les montants retenus et versés aux organismes en question, le Fonds pouvait leur être subrogé et bénéficier du privilège de l'article 19, 4^{ter}⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Mons, 5 mai 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 1102 ; *R.G.D.C.*, 1993, p. 240 et note M. GREGOIRE, cité par J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, p. 47.

⁴⁴⁷ Cass., 13 décembre 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 142 ; *Bull.*, 1993, p. 1058 ; *Pas.*, 1993, I, p. 1058 ; *Arr. Cass.*, 1993, p. 1056 ; *R.W.*, 1994-1995, p. 465.

⁴⁴⁸ Voir pour de plus amples informations, J.-L. LEDOUX, *ibid.*, p. 48.

⁴⁴⁹ Bruxelles, 22 mars 1991, *R.G.D.C.*, 1993, p. 237 et note M. GREGOIRE.

Le conflit qui surgissait ensuite entre le travailleur partiellement payé par le Fonds et ce dernier lorsqu'il faisait état de sa subrogation donnait lieu également à litige, consistant à savoir qui devait avoir la priorité.

Les règlements de ce litige conduisaient tantôt à trancher le concours en faveur du travailleur⁴⁵⁰, tantôt à reconnaître au Fonds un privilège de même rang que celui du travailleur, conduisant ainsi en cas de concours entre eux à une répartition au marc le franc⁴⁵¹.

On remarquera qu'au regard de l'article 5, 2°, et l'article 8, alinéa 2, de la loi du 30 juin 1967, le Fonds est subrogé, pour les sommes retenues au titre de cotisations sociales, dans les droits de l'O.N.S.S. Il pourra se prévaloir du privilège établi par l'article 19, 4^{ter}, sans que la situation de concours ci-dessus exposée trouve à s'appliquer⁴⁵². L'on regrettera cependant le fait qu'aucune disposition légale ne règle le concours entre le Fonds et l'O.N.S.S., qui se produit lorsque l'actif au rang de l'article 19, 4^{ter}, est insuffisant pour désintéresser le Fonds et l'O.N.S.S., créancier du solde de cotisations sociales et patronales.

La Cour de cassation, faute d'un texte exprès, a appliqué au conflit entre le Fonds et l'O.N.S.S. (payé partiellement par le Fonds) la solution qu'elle avait retenue pour le concours entre le Fonds et les travailleurs avant la loi de 1985 et considéré que l'O.N.S.S. doit être préféré au Fonds⁴⁵³. Elle a précisé la portée de ce recours subrogatoire en décidant qu'il s'exerçait conformément à l'article 1252 du code civil, lequel joue dans tous les cas de subrogation légale, même créés par des textes spéciaux⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ V. Cass., 23 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 172 et note M. REGOUT-MASSON ; Cass., 6 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 432 ; Anvers, 26 novembre 1996, *R.W.*, 1998-1999, p. 368 et note. L'on estime ici, se fondant sur l'esprit de la loi du 30 juin 1967, que la subrogation ne pouvait avoir pour conséquence de nuire au travailleur en vue de recouvrer le solde de sa créance (J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, Chronique de jurisprudence 1994-2002, pp. 48-49).

⁴⁵¹ L'on se fondait ainsi sur la loi du 22 janvier 1985 qui a ajouté, dans ce sens, un alinéa 3 à l'article 19, 3^o*bis*. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens dans un arrêt du 17 avril 2000 (*J.T.T.*, 2000, p. 425 ; *R.D.C.*, 2000, p. 588 et note H.R.). Il s'agit là d'une situation de concours désavantageuse pour le travailleur dans la mesure où s'il a été indemnisé partiellement par le Fonds, il entrera en concours avec celui-ci lors de la répartition ; le travailleur et le Fonds seront alors désintéressés au marc-le-franc (I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 497).

⁴⁵² J.-L. LEDOUX, *ibid.*, p. 50 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 498.

⁴⁵³ V. Cass., 16 octobre 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 161. Lire également, J. CAEYMAEX, « Les recours du Fonds de fermeture : la quadrature du cercle », *loc. cit.*, p. 214 ; Fr. T'KINNT, *op. cit.*, p. 210 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 557.

⁴⁵⁴ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1991 à 1996) », *loc. cit.*, 1997, p. 417 ; Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 40 ; Fr. T'KINNT, *ibid.*, p. 210.

Cet article dispose, en effet, que « *la subrogation (...) a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs ; elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ». Il en résulte que tant que les créances de l'O.N.S.S. à l'égard de l'employeur n'auront pas été entièrement réglées, le Fonds ne pourra recevoir le remboursement des cotisations versées en application des articles 5, 1^o et 2^o, de la loi du 30 juin 1967⁴⁵⁵.

S'agissant des retenues fiscales, on relève qu'à la suite d'une inadvertance du législateur, qui mérite d'être réparée, le Fonds n'est pas recevable, faute d'un texte spécial, à recouvrer à charge de l'employeur le précompte professionnel qu'il a retenu sur la rémunération des travailleurs et payé au fisc⁴⁵⁶.

En effet, l'article 8, alinéa 2, de la loi du 30 juin 1967 ne prévoit pas la subrogation du Fonds dans les droits du fisc pour les sommes qu'il aurait payées au titre du précompte professionnel en vertu de l'article 5, 1^o, de la même loi. Il en découle que le Fonds n'est donc pas créancier de l'employeur pour le précompte professionnel qu'il a payé, dans la mesure évidente où aucun texte n'organise sa subrogation dans les droits du fisc. Ceci constitue manifestement une solution paradoxale, qui a comme conséquence que l'employeur, ou son curateur en cas de faillite, est déchargé du paiement du précompte professionnel : il ne le paiera ni au fisc, qui a été désintéressé par le Fonds et cesse donc d'être créancier, ni au Fonds, faute de subrogation⁴⁵⁷.

On a déjà mentionné qu'en vertu des articles 422 et 423 du Code des impôts sur les revenus de 1992, tels que modifiés par la loi du 28 juillet 1993 portant des dispositions fiscales et financières, le paiement du précompte professionnel est, néanmoins, garanti, au fisc par un privilège qui a le même rang que celui qui est reconnu à l'O.N.S.S., pour les cotisations dues

⁴⁵⁵ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁵⁶ V. Cass., 21 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1349 cité par Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 210 ; P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1991 à 1996) », *loc. cit.*, p. 417 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 558.

⁴⁵⁷ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 210 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 558.

par l'employeur, par l'article 19, 4^oter, de la loi hypothécaire⁴⁵⁸. Ce privilège ne s'applique qu'aux dettes de précompte professionnel nées avant la faillite⁴⁵⁹.

Le Fonds dispose, en plus de ces différents privilèges, d'un privilège subsidiaire garanti par l'article 19, 4^oquinquies, de la loi hypothécaire qui confère un privilège général aux créances du Fonds à l'égard des employeurs basées sur l'article 8, alinéa 2, de la loi de 1967 dans la mesure où ces créances ne peuvent plus être recouvrées par la subrogation légale et aux créances basées sur l'article 18 de la loi de 1966⁴⁶⁰. Il s'agit ici d'un droit propre dont dispose le Fonds contre l'employeur du chef des cotisations sociales et patronales payées à l'O.N.S.S., qu'il ne peut cependant utiliser qu'aux fins de faire valoir son privilège dans le cadre du concours entre créanciers, par exemple lorsque la créance du travailleur auquel il se trouve subrogé est prescrite⁴⁶¹.

Nous partageons la critique formulée, à cet égard, par M. CAEYMAEX qui relève d'abord que si la subrogation est inefficace en raison de l'insuffisance de l'actif, la solution est absurde. Il se demande dès lors à quoi sert-il de substituer un autre privilège de rang subalterne au privilège qui ne peut venir en ordre utile au rang de l'article 19, 4^oter, de la loi hypothécaire. Si le recours de l'O.N.S.S. s'est éteint, poursuit-il, car limité dans le temps, le recours subrogatoire subsiste, mais au rang d'une créance chirographaire, et l'article 19, 4^oquinquies, n'est donc pas applicable. Il conclut en précisant que si la créance du Fonds ne peut plus être recouvrée par son recours subrogatoire, le privilège de l'article 19, 4^oquinquies, n'a de sens que si l'on admet l'existence d'une action directe du Fonds envers l'employeur pour le recouvrement des cotisations patronales sur la base de l'article 2028 du code civil⁴⁶².

Les privilèges du Fonds engendrent incontestablement une situation complexe, surtout en cas de concours découlant de la faillite. Le législateur a décidé avec raison de remanier, par la loi du 26 juin 2002 précitée, les différents textes que nous venons de commenter⁴⁶³. Cette loi n'a apporté aucune modification à l'article 19, 3^obis, qui reprend un certain nombre de sommes

⁴⁵⁸ V. Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *op. cit.*, p. 41 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 214 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 700-701.

⁴⁵⁹ V. Cass., 23 mai 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 718 ; Y. DUMON et Fr. LAGASSE, *ibid.*, p. 41 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 701.

⁴⁶⁰ V. J. CAEYMAEX, « Les recours du Fonds de fermeture : la quadrature du cercle », *loc. cit.*, p. 214 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 558.

⁴⁶¹ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 558.

⁴⁶² V. J. CAEYMAEX, « Les recours du Fonds de fermeture : la quadrature du cercle », *ibid.*, p. 214.

⁴⁶³ V. J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, pp. 50-51.

payées par le Fonds et pour lesquelles il bénéficie de la subrogation et donc du privilège de cet article. En revanche, elle prévoit désormais, en modifiant et complétant l'article 19, 4^o*ter*, que les créances du Fonds relatives à la récupération des cotisations sociales patronales dont il aurait fait l'avance et pour lesquelles l'article 62 de la nouvelle loi le subroge aux organismes publics visés sont privilégiées. Elle octroie également au Fonds, en modifiant l'article 19, 4^o*quinquies*, un privilège pour la récupération d'une série de sommes versées par lui lorsque le mécanisme de subrogation ne lui permet pas de recouvrer ces montants⁴⁶⁴.

Au terme de cette étude sur la situation des travailleurs en cas de faillite de leur employeur en droit belge, nous pouvons retenir, en rapport avec la protection des droits des travailleurs impliqués dans cette procédure, que le législateur de 1997 a fait preuve de progrès en tenant compte des intérêts des travailleurs non plus en tant que seuls créanciers (comme il en était le cas sous l'empire de la loi de 1851), mais aussi en tant que membres du personnel partie prenante de la procédure en cours. Cela se traduit, on l'a vu, par le souci de garantir aux travailleurs une meilleure information aussi bien avant qu'après le jugement déclaratif de faillite.

Analysant le sort des contrats de travail, nous avons remarqué qu'aucune modification n'a été apportée au régime de ces derniers et au système de licenciement des travailleurs protégés, car ils demeurent alignés respectivement sur le sort des autres contrats en cours et le système applicable aux travailleurs protégés en cas de faillite. Ce qui pérennise, dans le chef des curateurs, en ce qui concerne les contrats de travail, les incertitudes et menaces telles que l'acte équipollent à rupture et l'interdiction de principe de la succession de contrats de travail à durée déterminée.

Nous avons, en outre, constaté que bien que la loi s'efforce de placer l'intérêt des travailleurs sur le même pied que celui des créanciers, les exigences du droit social ne font, cependant, qu'alourdir la loi sur les faillites, car l'application simultanée de divers textes du droit social entraîne parfois un ralentissement des procédures de faillite. Ce qui est d'ailleurs inévitable compte tenu du fait que les intérêts économiques et sociaux ne convergent pas toujours ou, s'ils se rencontrent, sont soumis à des droits aux logiques parfois très différentes, toute la question étant alors de savoir comment apporter une exception au droit social sans le vider de

⁴⁶⁴ C'est le cas de l'indemnité de fermeture, de l'indemnité complémentaire due aux délégués du personnel, l'indemnité de prépension, etc.

sa substance afin de rencontrer parfaitement les objectifs du droit de la faillite⁴⁶⁵. L'idéal demeure, néanmoins, d'aboutir à une complémentarité harmonieuse entre ces deux législations intrinsèquement liées en cas de faillite qui permettrait de mieux combler les lacunes existantes et de coordonner, le cas échéant, les textes applicables.

Quant à la protection de la créance des travailleurs, nous avons observé que les privilèges institués par le législateur en faveur de la créance des travailleurs, modifiés fondamentalement par la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et à plusieurs reprises encore par la suite, sont justifiés par un souci de protection sociale, fondée sur le respect et la dignité du travail⁴⁶⁶. Nul ne contestera l'avantage qu'offre l'intervention du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises pour les travailleurs de l'employeur failli.

Il demeure cependant que la rédaction des textes n'a pas toujours été adéquate autant que leur coordination qui reste incomplète. Ceci est, on l'a vu, à l'origine de diverses controverses relatives à l'intervention du Fonds d'indemnisation, que la Cour de cassation et le législateur ont vidées tant bien que mal au cours des années⁴⁶⁷.

En outre, les règles actuelles, particulièrement en ce qui concerne le recouvrement par le Fonds, à charge de l'employeur, des sommes qu'il a payées aux travailleurs et, concrètement, les privilèges qui sont attachés à sa créance de recouvrement (article 19, 3°*bis*, alinéa 2, et 19, 4°*quinquies*), demeurent particulièrement obscures lorsqu'on les détache de leur genèse historique⁴⁶⁸.

La problématique des concours de privilèges entre les travailleurs, le Fonds, l'O.N.S.S et le fisc a démontré clairement la nécessité d'harmoniser le régime actuel des privilèges afin de mettre en place des règles conduisant à une répartition rapide et transparente de l'actif. La loi de 1997 sur les faillites n'a pas franchi ce pas, car elle n'apporte aucune modification au système de privilèges existant qui, comme le relève les travaux préparatoires, n'est pourtant

⁴⁶⁵ V. B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 251.

⁴⁶⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁶⁷ *Idem*, p. 208.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 208.

pas satisfaisant et fait l'objet, étant donné l'augmentation constante du nombre de privilèges, de critiques⁴⁶⁹.

Le concours des privilèges entre le Fonds, les travailleurs, l'O.N.S.S. et le fisc en cas d'insuffisance d'actif et de désintéressement partiel de ces derniers par le Fonds illustre, en outre, à suffisance les limites des textes quant à la détermination de l'ordre de désintéressement de ces différentes catégories des privilégiés. Les privilèges attachés à la créance des travailleurs renvoient, en effet, au moment de leur mise en œuvre, à différentes règles dont la formulation est parfois équivoque et donc source de conflit. Il importe dès lors que la réforme inévitable du droit des privilèges tienne compte de règles civiles, commerciales et sociales applicables aux privilèges des travailleurs.

Les solutions apportées à la problématique de concours de privilèges entre ces différents créanciers du débiteur défaillant révèlent enfin combien la règle de l'égalité trouve encore application de manière résiduaire dans certains cas de ces concours, même si cette égalité ne bénéficie en réalité à ces créanciers privilégiés généraux que de manière marginale au regard de la procédure d'ordre à respecter au moment des répartitions.

Qu'en est-il de la situation des salariés en cas de liquidation des biens en droit uniforme ?

2°. La situation des travailleurs en cas de liquidation des biens en droit uniforme

a) Observations générales

Comme en droit belge, le législateur de l'OHADA crée les conditions favorables à l'information, la consultation et l'intervention des travailleurs en cas de liquidation des biens. A titre d'exemple, l'article 29 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prévoit, en rapport avec la saisine d'office du tribunal, que la juridiction compétente peut se fonder sur les informations fournies par les institutions représentatives du personnel, et cela de manière non limitative. L'article 48, alinéa 3, de

⁴⁶⁹ V. Rapport VANDEURZEN, Exposé introductif du Vice Premier Ministre, Ministre de la Justice et des Affaires Economiques, p. 27 cité par B. INGHELS, « La situation des travailleurs en cas de faillite et de concordat judiciaire », *loc. cit.*, p. 251.

l'Acte uniforme précité mentionne, pour sa part, qu'un des contrôleurs sur les trois, lorsque la désignation des contrôleurs est demandée par les créanciers, représente le personnel.

Les législations sociales des Etats membres de l'OHADA contiennent aussi des dispositions garantissant le droit à l'information, la consultation et l'intervention des travailleurs en cas de défaillance de leur employeur. L'on se référera, à cet égard, aux législations nationales dans la mesure où l'harmonisation du droit du travail est actuellement en projet. Ce sont ces mêmes législations qui fournissent d'ailleurs les principes de solution des différents problèmes qui entourent notamment les contrats de travail (inexécution du contrat de travail par le syndic, poursuite de ce contrat par ce dernier, contrats de travail à durée déterminée conclu par lui à la suite de l'ouverture de la liquidation des biens, ...), la situation des travailleurs protégés (les modalités de leur licenciement).

Les considérations précédentes sur la situation des travailleurs en droit belge peuvent, mutatis mutandis, être mises à profit dans le traitement de ces questions aux fins d'éclaircir ou de montrer les limites des dispositions nationales.

b) Origine du régime applicable aux salariés en droit uniforme

Le système de protection de la créance des travailleurs en cas de liquidation des biens mis en place par le droit uniforme de l'OHADA, que nous allons commenter ci-dessous, s'inspire globalement du droit français⁴⁷⁰.

Ici, en effet, le souci du législateur a consisté à mettre en place des mesures permettant d'obtenir effectivement le paiement de ce qui est dû au salarié, particulièrement en cas d'insolvabilité de son employeur. Ainsi, lui a-t-il accordé, dès 1838, un privilège général en cas de faillite, qui l'a fait bénéficier du privilège des gens de service de l'article 2101 du Code civil, et dont le domaine n'a cessé de s'étendre au cours de l'évolution législative.

⁴⁷⁰ Nous résumons ici, pour le démontrer, l'excellent article de F. DERRIDA, « Le 'super privilège' des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *D.*, 1973, pp. 59 et s. Lire également, Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^e éd., Paris, L.G.D.J., 2000, p. 1162 ; A. ARSEQUEL et Th. METEYE, « Les créances salariales », *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 126 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, t. IX, 9^e éd. 1998/1999, par L. AYNES, Paris, éd. CUJAS, 1998, pp. 176 et s. ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., pp. 497 et s.

En outre, tenant compte du fait que le privilège général ainsi consacré est trop souvent inefficace lors de la répartition de l'actif aussi bien mobilier qu'immobilier et de la destination alimentaire évidente du salaire, qui fait que le salarié compte sur ce qu'il gagne pour subvenir à ses besoins immédiats et urgents, le législateur a mis en place un système permettant de verser très rapidement, et avant tout autre créancier, la fraction de salaire indispensable pour vivre, c'est-à-dire la fraction incessible et insaisissable. Tel est l'objet du décret-loi du 8 août 1935, qui a institué, dans un article 47 a, livre I^{er}, du Code du travail, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'employeur, ce qu'aujourd'hui on appelle le super privilège.

L'inspiration du droit uniforme de l'OHADA s'arrête cependant là, car, à la différence du droit français et même du droit belge, le législateur de l'OHADA ne prévoit aucun système d'assurance des salariés contre l'insolvabilité de leur employeur, qui permettrait de limiter le caractère illusoire des sûretés destinées à garantir le paiement des salariés en cas d'absence de tout actif⁴⁷¹.

Nous allons nous appesantir ici sur le sort de la créance des travailleurs en droit uniforme en cas de liquidation des biens afin de mieux ressortir non seulement la situation des travailleurs par rapport aux créanciers chirographaires, mais aussi l'efficacité des mesures protectrices de la créance des travailleurs mises en œuvre en droit uniforme en cas de liquidation des biens.

c) De la protection de la créance des travailleurs en cas de liquidation des biens

L'article 83, alinéa 3, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prévoit que le défaut de production ne peut être opposé aux créanciers privilégiés de salaires jusqu'à l'assemblée concordataire. Rien n'est prévu, par contre, en cas de liquidation judiciaire où par définition il n'y a pas d'assemblée concordataire. Ceci revient-il à dire que dans ce cas les travailleurs sont soumis aux règles ordinaires applicables à l'ensemble des créanciers ?

Le moins que l'on puisse dire, d'emblée, c'est que la protection du paiement des salaires semble être d'une priorité absolue justifiée par le fait que les travailleurs ont participé de

⁴⁷¹ Voir, pour de plus amples informations, F. DERRIDA, « Vers la Sécurité sociale des salaires ? Commentaire de la loi du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail », *D.*, 1974, pp. 119 et s.

manière importante à la production des biens du débiteur et qu'une fraction de la rémunération revêt un caractère alimentaire et insaisissable⁴⁷².

On ne perdra pas de vue que les travailleurs ne sont cependant pas tous dans la même situation. Il suffit de penser notamment pour cela aux règles particulières applicables aux travailleurs protégés.

Une certaine confusion est perceptible en droit uniforme dans la situation des salariés, car non seulement l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif renvoie à l'Acte uniforme sur les sûretés et à la législation du travail de chaque Etat partie, mais aussi l'Acte uniforme sur les sûretés n'est pas très éclairant⁴⁷³. Examinons, pour s'en rendre compte, les bénéficiaires du privilège, les sommes garanties et le rang du privilège.

- **Les bénéficiaires du privilège**

L'article 107-3° de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés évoque les bénéficiaires du privilège qu'il institue par l'appellation de travailleurs et apprentis. Il s'agit, en réalité, de tous les salariés qualifiés de travailleurs par les codes nationaux du travail qui sont ainsi concernés (travailleurs permanents, intermittents, saisonniers, intérimaires, marins, travailleurs à domicile, agents non fonctionnaires de l'Etat, des communes et des entreprises publiques, ...) ⁴⁷⁴.

- **Les sommes garanties**

Les sommes garanties, d'après l'article 107-3° de l'Acte uniforme précité, sont celles dues à ces personnes durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie collective de ses biens ou le jugement déclaratif de cessation des paiements ouvrant la procédure

⁴⁷² Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 256. Voir également, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 115, qui note que le salaire est devenu aujourd'hui la source essentielle des revenus des ménages, acquérant ainsi une fonction quasi alimentaire qui fait échapper les créances de salaire à l'hécatombe qui a frappé les privilèges généraux en 1955.

⁴⁷³ V. M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 257.

⁴⁷⁴ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 233, qui relève également que la question est discutable pour les stagiaires, qui ne pourraient bénéficier de ce privilège que si un texte législatif ou réglementaire, une convention collective ou un usage interne de l'entreprise les assimilait à des salariés.

collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Sont donc visées ici les créances de salaires échues durant cette période. Il en découle que celles échues plus d'un an avant ces événements ou postérieurement à eux (notamment, les salaires à paiement différé tels les congés payés ou les indemnités de licenciement dont le paiement intervient au terme d'une longue durée d'acquisition successive) ne sont pas garanties par ce privilège (mais peuvent éventuellement bénéficier d'un statut de créances contre la masse s'il s'agit d'une procédure collective d'apurement du passif)⁴⁷⁵.

Les créances bénéficiant d'une garantie sont ainsi toutes les créances de salaire résultant de l'exécution du contrat ou de sa résiliation (salaires de base, accessoires de salaires tels que les primes et indemnités diverses, les dommages – intérêts, ...). Il s'agit là d'une conformité de l'Acte uniforme et de son interprétation à l'esprit et à la lettre aussi bien des codes nationaux du travail que de la Convention n° 95 (1949) de l'O.I.T. concernant la protection du salaire, qui pose, aux articles 8, 10 et 11, plusieurs règles dont celle selon laquelle le salaire doit être payé avant les créances ordinaires dans la mesure où il constitue une créance privilégiée⁴⁷⁶.

- **Le rang du privilège**

Les choses ne sont pas aisées quand on aborde la question du rang de ce privilège. L'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés prévoit, en effet, au profit des travailleurs et apprentis un privilège de troisième rang non soumis à publicité pour « *les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective* ».

On peut cependant constater, à la lecture des autres dispositions de cet Acte uniforme, que ce privilège des salaires est dédoublé, car l'on distingue le privilège simple et le super privilège. Ainsi, les articles 148 et 149 relatifs à l'ordre de paiement en matière immobilière et mobilière placent le super privilège respectivement au second et au troisième rang sans en donner une définition et les privilèges non soumis à publicité de l'article 107 dont relève le simple privilège des salariés respectivement au cinquième et au septième rang.

⁴⁷⁵ Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 233.

⁴⁷⁶ *Idem*, pp. 233 et 245 et s.

S'agissant de l'ordre propre aux procédures collectives des articles 166 (immeubles) et 167 (meubles), le super privilège figure respectivement au second et au troisième rang et le simple privilège au cinquième et au huitième rang.

Il y a lieu d'observer, en prenant en considération les législations nationales, que⁴⁷⁷ :

- le privilège couvre les douze derniers mois de salaires *lato sensu* ainsi que les dommages – intérêts pour résiliation du contrat de travail (article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés) ;
- le super privilège, ou « privilège préférable à tous les autres privilèges généraux ou spéciaux »⁴⁷⁸ couvre la fraction insaisissable des salaires largement définis de la même période que le privilège.

Il en résulte qu'il a été fait de la créance de salaire une créance privilégiée d'une part et, de l'autre, il a été dégagé de cette créance la fraction incessible et insaisissable considérée comme absolument nécessaire pour assurer la subsistance et l'entretien du travailleur et de sa famille afin de la protéger contre toute saisie et cession directe ou indirecte (la concurrence des autres créanciers serait l'équivalent d'une amputation de cette fraction) dont elle pourrait avoir à souffrir. Cette fraction incessible et insaisissable est fixée, d'après l'article 177 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, par chaque Etat partie de l'OHADA et constitue la partie super privilégiée du privilège générale des salaires instituée par l'article 107-3⁴⁷⁹.

Il va donc sans dire que la détermination du super privilège commande de préciser d'abord le privilège général des salaires. Cette tâche sera moins difficile en ce qui concerne le privilège général, car les différents codes de travail nationaux le prévoit et le définit, contrairement au super privilège pour lequel certains de ces codes passent sous silence. C'est là cependant une lacune sans gravité quand on sait que l'Acte uniforme définit le super privilège comme correspondant à la fraction incessible et insaisissable du salaire et chaque Etat partie a une législation spéciale sur la détermination de cette quotité.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ V. M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁷⁸ Code burkinabè du travail, loi n° 11-92-ADP du 22 décembre 1992, article 117.

⁴⁷⁹ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 246.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 246.

Il sied de mentionner, en rapport avec le paiement, que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif met en place un mécanisme destiné à accélérer le paiement des sommes dues au salarié, sans doute en raison du caractère alimentaire du salaire⁴⁸¹. Ainsi, au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà reçus (article 96).

Cet article précise, en outre, qu'en l'absence des fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance et si lesdites créances sont payées grâce à une avance faite par le syndic ou toute autre personne, le prêteur est, par là même, subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaires sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle⁴⁸². C'est donc principalement cette partie super privilégiée qui affaiblira de manière importante, vu son rang et son régime, en cas de concours, l'égalité des créanciers.

On peut observer enfin qu'en ce qui concerne le paiement des créances des travailleurs, une différence énorme existe entre le système mis en place par l'Acte uniforme et le système organisé par le droit belge, qui fait intervenir, on l'a vu, le Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises. Cette différence révèle d'ailleurs les limites du mécanisme ainsi mis en place par l'Acte uniforme malgré toute sa cohérence, car, en l'absence d'un système de garantie de paiement comme le Fonds d'indemnisation en droit belge ainsi que d'ailleurs l'Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (A.G.S.) en France, ce mécanisme peut par moment se révéler peu efficace quant au paiement effectif⁴⁸³. L'on admet d'ailleurs que le super privilège serait illusoire si le débiteur (employeur) ne disposait d'aucun actif permettant de payer les salariés⁴⁸⁴. Or, cette situation n'est point à exclure en droit uniforme où le législateur en fait cas sans vraiment mettre en place un système de garantie des salaires devant conduire à un paiement effectif si le débiteur (employeur) n'a aucun fonds permettant de régler en priorité les salariés.

⁴⁸¹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁸² *Idem*, pp. 257-258.

⁴⁸³ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 258, qui renseigne que l'A.G.S. est financée par des cotisations calculées sur la masse salariale et versée par les employeurs in bonis. Elle est habilitée à agir dans le sens de recouvrer les avances faites pour le règlement des salaires. Elle n'est pas cependant subrogée dans les droits des salariés : elle ne bénéficie pas du super privilège.

⁴⁸⁴ Voir pour de plus amples informations sur l'A.G.S., Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, pp. 177 et s. ; J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 117.

Après ce long exposé de la situation des travailleurs en droit belge et en droit uniforme, qui témoigne de sa complexité et même de son importance en cas de faillite ou liquidation des biens, nous allons maintenant présenter celle des organismes de sécurité sociale et du fisc.

B. La situation des organismes de sécurité sociale et du fisc en cas de faillite ou liquidation des biens

On commentera d'abord la situation en droit belge et ensuite en droit uniforme.

1°. La situation en droit belge

Nous allons distinguer ici les privilèges reconnus aux organismes de sécurité sociale de ceux du fisc.

a) Les privilèges attachés aux créances des organismes de sécurité sociale

La loi hypothécaire belge consacre différents privilèges justifiés par l'idée de solidarité sociale attachés aux créances de divers organismes de sécurité sociale (articles 19, 4°, alinéa 1^{er} et 4°bis, alinéas 2 à 4) ou de compagnies d'assurances intervenant dans le secteur de la sécurité sociale (article 19, 4°nonies [second]).

Ces privilèges ont été créés non pas en considération de la créance garantie mais de la qualité du créancier, par exception au principe général selon lequel le privilège est un droit que la qualité de la créance donne au créancier d'être préféré aux autres créanciers (article 12 de la loi hypothécaire).

Leur importance est très variable dans la mesure où certains sont tout à fait marginaux (c'est le cas notamment du privilège organisé par l'article 19, 4°nonies [second], tandis que d'autres ont un poids considérable dans les faillites (c'est le cas notamment du privilège de l'O.N.S.S. organisé par l'article 19, 4°ter)⁴⁸⁵. C'est surtout ce dernier qui retiendra, pour cette raison, notre attention.

⁴⁸⁵ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 211.

La mission ainsi que le fonctionnement de l'O.N.S.S., au regard de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, peuvent être résumés brièvement en ces termes⁴⁸⁶ : elle consiste à « percevoir les cotisations dues par les employeurs et les travailleurs en vue du financement du système de sécurité sociale des travailleurs salariés et d'en répartir le produit entre divers régimes (assurance maladie-invalidité, allocations familiales, chômage, vacances annuelles et pensions). L'O.N.S.S. est donc simplement un organisme collecteur et répartiteur. Il n'assume comme tel aucune prestation de sécurité sociale. Seuls les employeurs sont débiteurs envers l'O.N.S.S. La cotisation qui incombe aux travailleurs est retenue sur leur rémunération par leur employeur, qui en assurera le transfert à l'Office, complété par sa contribution propre. Les cotisations sont exigibles trimestriellement ».

Le privilège général sur meubles porté par l'article 19, 4^{ter}, de la loi hypothécaire consiste à assurer le recouvrement par l'O.N.S.S. des cotisations dues par l'employeur. Il garantit le paiement des cotisations mais non des intérêts et majorations dus en cas de retard de paiement.

Aussi convient-il de mentionner que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juin 2002 relative aux fermetures d'entreprises, le privilège de l'article 19, 3^{bis}, qui a meilleur rang, est attaché à la créance de recouvrement, par l'Office, de la cotisation personnelle du travailleur retenue par l'employeur sur sa rémunération (mais non de la cotisation complémentaire qui incombe en propre à l'employeur, à la quelle restera attaché le privilège de l'article 19, 4^{ter})

⁴⁸⁷.

L'article 19, 4^{ter}, limite à cinq ans, à dater de l'exigibilité des cotisations, le privilège attaché aux créances de l'O.N.S.S. afin, estime-t-on, de limiter l'ampleur de ce privilège et, surtout, de contraindre l'O.N.S.S. à faire diligence pour recouvrer judiciairement les cotisations impayées et ne pas laisser gonfler les arriérés. Ce délai est suspendu par la mort du débiteur, la saisie même partielle de ses biens ou son dessaisissement par l'effet de la faillite notamment⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 212 et références citées.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 212.

b) Les privilèges du fisc

L'article 15 de la loi hypothécaire prévoit que « *les privilèges à raison des droits du trésor public et l'ordre dans lequel ils s'exercent sont réglés par les lois qui les concernent* ».

Les créances du fisc sont, en effet, garanties par des privilèges généraux sur meubles de même rang (à l'exception du privilège attaché au précompte professionnel, mieux gratifié, car il a rang égal à celui du privilège reconnu à l'O.N.S.S., pour les cotisations dues par l'employeur, par l'article 19, 4^{ter}), lequel se situe immédiatement après celui des privilèges de l'article 19.

On est ici encore en présence de privilèges établis non en raison de la qualité de la créance garantie mais de la personne du créancier, par exception au principe général susmentionné⁴⁸⁹.

Il sied de préciser, relativement à l'assiette de ces privilèges, que la Cour de cassation a par deux arrêts du 22 novembre 1990⁴⁹⁰ décidé que l'article 19, dernier alinéa, de la loi hypothécaire ne s'applique pas au privilège du fisc⁴⁹¹. Ce dernier alinéa prévoit, en effet, que « *lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, la portion du prix qui reste due est affectée de préférence au paiement des créances énoncées au présent article* ». Il s'agit là, on l'a dit, d'un privilège subsidiaire sur immeubles conféré par cet alinéa à ces créanciers. La doctrine renseigne, à cet égard, que la tradition historique autant que les textes eux-mêmes conduisent à exclure les immeubles du privilège⁴⁹².

Cependant, en réaction à ces décisions, la loi du 22 juillet 1993 a expressément rendu le texte applicable aux privilèges des receveurs des impôts sur les revenus et de la taxe sur la valeur ajoutée – c'est-à-dire les privilèges fiscaux les plus importants – qui frappent donc meubles et immeubles du redevable à telle enseigne que la solution retenue par les arrêts de la Cour de cassation ne concerne plus que les privilèges attachés aux autres impôts⁴⁹³.

⁴⁸⁹ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁹⁰ *Pas.*, 1991, I, p. 299 et *Pas.*, 1991, I, p. 305 ; *R.P.S.*, 1991, p. 124 et obs. Fr. T'KINT ; *Rev. not.*, 1991, p. 214 et obs. J.-L. LEDOUX.

⁴⁹¹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 213 et références citées.

⁴⁹² *Idem*, pp. 213-214 et références citées.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 214.

2°. La situation en droit uniforme

L'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés énumère les privilèges généraux qui peuvent être exercés sans aucune publicité. Il les énonce dans l'ordre où ils seront servis en cas de concurrence de plusieurs créanciers pour la distribution du prix d'un bien meuble ou immeuble du débiteur. Il reconnaît, en dernière position, à son point 5°), un privilège de même rang aux créances fiscales, douanières et envers les organismes de sécurité et de prévoyance sociales.

Les bénéficiaires de ce privilège sont l'Etat pour ce qui concerne les créances douanières, ces dernières incluant aussi bien les droits simples que les pénalités ; l'Etat et les collectivités territoriales habilitées à lever l'impôt pour ce qui est des créances fiscales, qu'il s'agisse de taxes directes ou indirectes et des pénalités ; les personnes morales de droit privé ou de droit public chargées de régimes des prévoyance sociale pour le paiement des arriérés des cotisations et leurs pénalités dus par les employeurs et les travailleurs ainsi que le remboursement des prestations indûment perçues par eux⁴⁹⁴.

Quant aux sommes garanties par ce privilège, elles ne peuvent excéder le plafond du montant légalement fixé par les Etats parties pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires. L'on fait observer, en effet, que par cette disposition, l'OHADA a voulu éviter que de telles créances, non publiées, surprennent la bonne foi des autres créanciers qui ne découvrent l'importance d'un tel passif privilégié qu'au moment de la répartition des deniers. D'où leur limitation à ce plafond, l'excédent ne pouvant être garanti que s'il est publié comme on le verra ci-dessous⁴⁹⁵.

Ce cas de renvoi au droit national des Etats parties peut cependant soulever des problèmes si aucune disposition concernant l'exécution provisoire n'existe dans les pays concernés. On peut notamment se retrouver devant un vide législatif à combler qui risque de pénaliser de telles créances, car ces dernières sont exposées, en l'absence d'un tel plafond, à être

⁴⁹⁴ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 234, qui note également qu'au Sénégal, par exemple, la caisse de sécurité sociale, organisme de droit public, est devenue une personne morale de droit privé ; les Institutions sociale créées pour les régimes maladie et retraite sont des personnes morales de droit privé.

⁴⁹⁵ V. Fr. ANOUKAHA et al., *ibid.*, pp. 234-235.

considérées comme chirographaires⁴⁹⁶. Il est donc nécessaire que les Etats adoptent tous un tel plafond, encore qu'il eût été plus judicieux de renvoyer au taux de compétence des juridictions nationales de droit commun en premier et dernier ressort⁴⁹⁷.

Les privilèges du fisc, de la douane et des organismes de la sécurité sociale, ci-dessus exposés, sont, en revanche, soumis à publicité pour la somme excédant le plafond de l'exécution provisoire des décisions de justice, aux termes de l'article 108, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Ils n'ont d'effet que s'ils sont inscrits, dans les six mois de l'exigibilité de ces créances, au Registre du commerce et du crédit mobilier. Cette formalité, qui n'existe pas en droit belge malgré l'importance de ces privilèges en cas de faillite, a été imposée pour porter à la connaissance des créanciers l'existence de ces créances qui, le plus souvent, absorbent la quasi-totalité de l'actif du débiteur; le privilège ne leur sera opposable que s'il est publié.

Les créanciers accorderont dorénavant du crédit au débiteur en parfaite connaissance de cause. Dès lors, un créancier qui accorde du crédit au débiteur nonobstant l'information qu'il a sur l'importance de ses créances fiscales, douanières et envers la sécurité sociale sans exiger de lui des meilleures garanties accepte de courir le risque de ne rien recevoir en cas d'insuffisance d'actif du débiteur à la suite de la liquidation de ses biens.

Au terme de cette analyse de la situation des créanciers titulaires de privilèges généraux, on peut retenir qu'il y a actuellement, comme le note M. VAN COMPERNOLLE, une « inflation galopante des privilèges généraux »⁴⁹⁸. Il a, en effet, été constaté, à cet égard, que, pour répondre à des besoins jugés impérieux (par exemple, la protection de la rémunération des travailleurs, les intérêts du Trésor et la sauvegarde financière des organismes de sécurité sociale), le législateur, en droits belge et uniforme, a institué une série des privilèges généraux (mieux, laisse la latitude aux États parties d'en instituer, pour ce qui est du droit uniforme) qui en viennent à garantir des sommes importantes et aboutissent partant, comme le souligne justement Mme MOREAU MARGREVE, à l' « immolation » des créanciers chirographaires.

⁴⁹⁶ V. J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 664 ; Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 235.

⁴⁹⁷ Dans ce sens, J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *ibid.*, p. 664.

⁴⁹⁸ V. J. Van COMPERNOLLE, « Les sûretés réelles en droit belge », *loc. cit.*, p. 127.

Le sort peu enviable réservé à ces derniers se trouve aggravé également, on l'a vu, en droit belge essentiellement, par le caractère occulte des privilèges généraux et l'impact du privilège subsidiaire sur immeubles conféré par le dernier alinéa de l'article 19 de la loi hypothécaire. L'impact de certains d'entre eux sur l'actif des faillites est, en outre, sans commentaire au regard de leur rang et parfois du régime de faveur leur octroyé en cas de faillite ou liquidation des biens.

Dans ces conditions, les privilèges généraux sur meubles n'affaiblissent pas moins le principe d'égalité dont la logique est la répartition, au marc le franc, des éléments du patrimoine entre les créanciers en concours. Il reste néanmoins que, dans bien des cas, ledit principe continue à régir les créanciers titulaires de ces privilèges, même s'il ne leur profite que de manière marginale au regard de la préférence reconnue à la plupart de titulaires de sûretés réelles spéciales.

Ceci étant, nous pouvons maintenant examiner concrètement la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens.

Section II. La situation des créanciers chirographaires

Cette étude nous permettra de comprendre la situation précaire dans laquelle se trouvent les créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens de leur débiteur. Elle nous permettra, en outre, de mieux asseoir notre affirmation selon laquelle l'efflorescence des sûretés et garanties de tous genres conduit inévitablement à leur sacrifice en cas de faillite ou liquidation des biens et se rendre compte qu'en fait, l'égalité dans le concours ne leur profite que de manière marginale.

Pour ce faire, nous analyserons successivement le droit de gage général des créanciers chirographaires (§1), ses caractères (§2) et sa protection (§3). Nous terminerons par une brève appréciation de l'ordre de paiement des créanciers et son impact sur la situation des créanciers chirographaires (§4).

§1. Le droit de gage général des créanciers chirographaires

Aux termes des articles 2092 du Code civil français et 7 de la loi hypothécaire belge, tout créancier chirographaire bénéficie du droit de gage général sur les biens de son débiteur. Tout créancier, quelles que soient la date et l'origine de sa créance, a ainsi, par principe, vocation à se faire payer sur la valeur de tous les éléments d'actif⁴⁹⁹. C'est pour cette raison que le créancier pourra, si le débiteur ne paie pas à l'échéance prévue, faire saisir et vendre aux enchères publiques n'importe quel bien du patrimoine du débiteur (sauf les biens insaisissables) et se payer sur le prix de vente⁵⁰⁰.

L'expression « droit de gage général » est cependant impropre dans la mesure où le terme de gage n'y est pas employé dans le sens précis que lui donne la terminologie juridique⁵⁰¹. D'où l'intérêt de ne pas le confondre avec un autre, qui désigne, on l'a vu, une sûreté spéciale dans laquelle le débiteur remet au créancier un bien meuble en garantie⁵⁰². Il n'est pas, en outre, superflu de remarquer qu'à la différence du créancier gagiste, le créancier ordinaire n'a de droit que sur les biens se trouvant dans le patrimoine de son débiteur au moment des poursuites, et, pour exercer ce droit, il vient en concours avec les autres créanciers.

Il en résulte que la vocation de se faire payer sur la valeur de tous les éléments d'actif reconnue à chacun place tous les créanciers d'une même personne dans une position d'égalité ; dans l'éventualité où la valeur de l'actif est inférieure au montant du passif, chacun de ceux qui réclament leur paiement ne sera réglé que dans la proportion actif – passif : c'est la règle dite de la loi du concours⁵⁰³ (articles 2093 du Code civil français et 8 de la loi hypothécaire belge), qui s'applique pleinement à cette catégorie de créanciers.

Quels sont les caractères de ce droit de gage général ?

⁴⁹⁹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 1.

⁵⁰⁰ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 13 ; J.-B. SEUBE, *op. cit.*, pp. 6-7 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil. Personnes – Famille – Incapacité – Biens – Obligations – Sûretés*, t. 1, 29^e éd., Paris, L.G.D.J., 2003, p. 599.

⁵⁰¹ Dans ce sens, M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 1.

⁵⁰² P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *ibid.*, p. 599.

⁵⁰³ M. CABRILLAC et C. MOULY, *ibid.*, p. 1.

§2. Les caractères du droit de gage général

Ce droit de gage, parce qu'il est général, paraît apparemment revêtu des plus solides vertus. Il n'en est pourtant rien en réalité. De ce que ce droit porte sur un patrimoine résultent les conséquences suivantes :

- le créancier chirographaire, quelle que soit l'ancienneté de sa créance, ne bénéficie d'aucun droit de préférence vis-à-vis des créanciers plus récents, car tous les créanciers jouissent de droits égaux et de même nature sur le patrimoine du débiteur. Dans ces conditions, si le débiteur contracte de nouvelles dettes, il diminue incontestablement la garantie des créanciers anciens, qui subiront le concours des créanciers nouveaux au point que s'il n'y a pas de quoi les désintéresser tous, leurs créances seront toutes réduites proportionnellement (« au marc le franc »)⁵⁰⁴. Un danger évident guète le créancier chirographaire dans ce cas : celui de l'augmentation illimitée du passif de son débiteur. Il s'agit là d'un danger qui provient des créanciers eux-mêmes, car lorsqu'ils concourent sur le prix de vente du patrimoine saisi, de deux choses l'une : ou bien, le paiement est le prix de la course, les premiers saisissants sont les premiers payés ; ou bien, le paiement s'effectue au marc le franc. En ce cas, lorsque plusieurs créanciers chirographaires saisissent le même bien, ou – en cas de saisie collective (faillite du débiteur ou liquidation des biens) – le même patrimoine, le prix se distribue entre eux par contribution, c'est-à-dire proportionnellement au montant de chaque créance⁵⁰⁵. Il va de soi que si le prix est insuffisant, aucun créancier ne sera entièrement désintéressé.
- Le droit du créancier chirographaire porte sur l'ensemble du patrimoine et non sur les biens déterminés qui le composent lors de la naissance de son droit. Il se peut, en effet, que le patrimoine du débiteur se modifie entre la naissance de la dette et son exigibilité. Or, le créancier ne peut saisir que les biens existants au moment de la saisie ; il ne peut si le débiteur vend ou donne les principaux éléments de l'actif, qu'il a pris en considération pour asseoir sa confiance, les saisir dans le patrimoine de l'acquéreur, car il n'a pas de « droit de suite »⁵⁰⁶. Son droit ne s'exercera donc qu'uniquement sur les biens qui seront

⁵⁰⁴ Dans ce sens, P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 599 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, premier volume, 5^e éd., Paris, éd. Montchrestien, 1977, p. 5.

⁵⁰⁵ Dans ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 13 ; J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p. 7 qui précise aussi que cette situation de concurrence entre les créanciers sera réglée soit par l'application du critère de l'antériorité (c'est le prix de la course : ceux qui ont participé à une saisie seront payés ; tant pis pour les autres) soit au marc le franc (c'est-à-dire en proportion du montant de la créance de chaque créancier).

⁵⁰⁶ V. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *ibid.*, p. 599 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *ibid.*, p. 13.

compris dans le patrimoine du débiteur au moment où il pratiquera la saisie. Le créancier chirographaire court ainsi le danger de la diminution de l'actif de son débiteur, soit que celui-ci aliène et dissipe ses biens, soit qu'il néglige d'exercer ses droits et les laisse dépérir⁵⁰⁷. La situation du créancier chirographaire s'améliore-t-elle si plusieurs débiteurs sont tenus de la même dette (codébiteurs solidaires ou cautions personnelles) ? Pas tellement à notre avis, car le créancier n'a toujours pour garantie que le patrimoine de chacun d'eux ; même si la sûreté personnelle étend son droit de gage sur plusieurs patrimoines, la nature de son droit reste inchangée : il demeure créancier chirographaire⁵⁰⁸.

Il en résulte, comme le font remarquer certains auteurs avisés, que la perspective de paiement est ainsi liée à la fois aux fluctuations de l'actif et du passif ; du passage de la valeur du premier volet au-dessous de celle du second naît la situation d'insolvabilité, épée de Damoclès suspendue sur la tête du créancier chirographaire, celui qui n'a pas de sûreté réelle⁵⁰⁹.

Ces fluctuations inévitables en cas de faillite ou liquidation des biens montrent combien la situation de ce créancier ne peut être, à notre avis, que précaire dans ces procédures collectives. Ce seul droit de gage général ne peut donc permettre au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité future du débiteur. Il lui faut ajouter à sa qualité de créancier chirographaire une sûreté soit personnelle, soit réelle.

Le droit de gage général du créancier bénéficie malgré tout d'une protection dont l'efficacité peut être critiquée.

§3. La protection du droit de gage général

L'on vient de voir que le droit de gage général, qui se traduit par le fait que tous les biens du débiteur – même ceux qu'il acquerra ultérieurement tant que la dette n'est pas apurée – répondent de ses engagements, ne met pas le créancier chirographaire à l'abri des aléas qui pourraient affecter la consistance du patrimoine du débiteur, dont il subira les vicissitudes⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 599.

⁵⁰⁸ *Idem*, p. 599.

⁵⁰⁹ V. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 1.

⁵¹⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 23.

Il est, en effet, pertinemment reconnu, et nous l'avons mentionné ci-dessus, d'une part, que ce créancier ne saurait écarter les actes d'appauvrissement du débiteur (surtout s'ils sont accomplis sans fraude), dont le droit de disposition de ses biens demeure entier malgré les dettes qu'il a pu contracter et, de l'autre, qu'il est à la merci d'une gestion négligente de son patrimoine par le débiteur⁵¹¹. Tout ceci fait que le créancier court le risque de se trouver, au moment de l'exécution de son droit, en face d'un patrimoine dégarni et de se heurter à l'insolvabilité de son débiteur.

Il est difficile, voire impossible, pour le créancier chirographaire de se défendre contre le danger lié à l'augmentation du passif. En revanche, la loi organise contre le second danger, celui de la diminution de l'actif, plusieurs moyens de protection en faveur du créancier⁵¹², qui supposent, dans le chef de celui qui y recourt, une créance certaine et exigible.

Nous examinerons ici brièvement l'action oblique, l'action paulienne et le recours aux saisies conservatoires. La protection découlant des inopposabilités de la période suspecte en cas de faillite ou liquidation des biens sera sommairement rappelée.

A. L'action oblique

Le créancier peut se défendre contre l'inaction funeste de son débiteur en recourant à l'action oblique. Celle-ci, prévue par l'article 1166 du Code civil, donne au créancier la faculté d'exercer, au nom de son débiteur, ses droits, lorsqu'il néglige de les mettre en valeur⁵¹³. Le créancier est donc reçu à agir en lieu et place – et pour compte – du débiteur négligent, préservant ainsi les droits de ce dernier et, dès lors, la consistance de son patrimoine.

En effet, cette prérogative lui permet de procéder à plusieurs devoirs : recouvrer une créance en souffrance, interrompre la prescription, interjeter appel d'une décision défavorable, inscrire une hypothèque ou poursuivre une instance dont le débiteur se désintéresse, etc.⁵¹⁴.

⁵¹¹ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 23.

⁵¹² Les autres moyens de protection accordés par le législateur au créancier, en dehors des mesures qui peuvent être considérées comme classiques exposées ici, ne sont point à négliger. Lire à ce sujet, Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 23.

⁵¹³ P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 600.

⁵¹⁴ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 24.

Cette action est soumise à trois conditions ci-après:

- relativement au débiteur, il faut que ce dernier soit inactif. Le législateur n'autorise pas le créancier à se substituer au débiteur dans la gestion de son patrimoine sous prétexte qu'il administre mal⁵¹⁵. Cette inaction du débiteur, qui peut être difficile à distinguer de la mauvaise gestion par le créancier, passe pour une condition nécessaire : si le débiteur veille lui-même à la défense de ses droits, il n'y a aucune raison d'autoriser ses créanciers à agir à sa place⁵¹⁶. C'est pour cette raison que son exercice est refusé lorsque le patrimoine du débiteur se trouve en mains d'un mandataire chargé de le réaliser pour compte de l'ensemble de ses créanciers, c'est-à-dire précisément en cas de procédure collective de liquidation⁵¹⁷. Il n'appartient pas heureusement au créancier de prouver la passivité du débiteur : dès lors qu'il existe une créance à recouvrer, l'action oblique peut être déclenchée et c'est au débiteur qu'il appartient, s'il veut l'éviter, de justifier des diligences qu'il a accomplies pour obtenir son dû⁵¹⁸.
- Quant aux droits à exercer, ils doivent porter sur des droits patrimoniaux, non attachés à la personne du débiteur, car le créancier n'a aucun intérêt à exercer les droits qui n'ont pas de valeur pécuniaire (droits de famille) ou ceux dont il ne retirerait aucun profit (droit de réclamer à un parent du débiteur une pension alimentaire, celle-ci étant insaisissable) ou encore les droits patrimoniaux attachés à la personne du débiteur (agir en divorce ou en séparation de corps)⁵¹⁹.
- S'agissant du créancier, la créance doit, selon l'opinion dominante, être certaine et exigible dans son chef⁵²⁰.

Il est unanimement admis que par l'action oblique, le créancier n'exerce pas son propre droit, mais tout simplement le droit de son débiteur ; les choses se passent donc comme si c'était le débiteur qui agissait⁵²¹. Il en résulte que cette action constitue une mesure conservatoire dans

⁵¹⁵ V. P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 600.

⁵¹⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁵¹⁷ *Idem*, p. 25.

⁵¹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 145, cité par P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *ibid.*, p. 600.

⁵¹⁹ Voir P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *ibid.*, pp. 600-601.

⁵²⁰ Dans ce sens, Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 25 et référence citée ; P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *ibid.*, p. 601, qui admettent, en rapport avec l'exigibilité, qu'on doit réserver l'exercice de l'action oblique au créancier dont le droit est exigible.

⁵²¹ P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *ibid.*, p. 601.

la mesure où son produit n'est pas acquis au créancier demandeur mais réintégré dans le patrimoine du débiteur inactif et fait profit à l'ensemble de ses créanciers⁵²².

On comprend bien que cette action oblique, sous sa forme la plus classique de recouvrement d'une créance du débiteur, est peu efficace pour le créancier qui y recourt. C'est d'ailleurs pour cette raison que son usage reste très marginal, car le créancier préférera recourir à la saisie-arrêt conservatoire, plus efficace : les sommes saisies arrêtées demeureront entre les mains du tiers débiteur, sans risque de dissipation⁵²³.

Qu'en est-il de l'action paulienne ?

B. L'action paulienne

L'action paulienne, dont le principe est posé par l'article 1167 du Code civil, permet au créancier d'attaquer en son nom personnel les actes accomplis par son débiteur en fraude de ses droits. Elle suppose que le débiteur ne reste pas inactif ; il agit, mais il agit frauduleusement, en vue de se rendre insolvable. C'est pourquoi le créancier lésé fait révoquer l'acte : il intente l'action paulienne de son propre chef (et non pas au nom de son débiteur)⁵²⁴. Elle se distingue en cela de l'action oblique.

Elle permet ainsi au créancier de réintégrer à son profit (et à son seul profit : l'acte attaqué demeure opposable aux créanciers autres que le demandeur à l'action) dans le patrimoine de son débiteur les biens qui en auraient été frauduleusement distraits. Elle est donc, contrairement à l'action oblique, exercée au seul bénéfice du créancier demandeur : l'acte critiqué reste opposable aux autres créanciers. Elle confère donc de facto, sur le bien détourné par le débiteur, un véritable droit de préférence au bénéfice du créancier qui en a pris l'initiative⁵²⁵.

Notons qu'en cas de faillite ou liquidation des biens, les articles 20 de la loi belge sur les faillites et 68 de l'Acte uniforme étendent à tous les créanciers groupés dans la masse les

⁵²² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 24 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 601-602.

⁵²³ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 25.

⁵²⁴ V. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *ibid.*, p. 602.

⁵²⁵ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 25 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *ibid.*, p. 606.

effets de l'action paulienne intentée par le curateur (en droit belge) ou syndic (en droit uniforme).

Cette action se rencontre aussi rarement en raison de ses strictes conditions d'application⁵²⁶. En effet, la preuve de la complicité du contractant du débiteur est requise, sauf lorsqu'il s'agit d'un acte à titre gratuit. L'intentement de l'action requiert une créance certaine et exigible et il faut que l'acte attaqué ait été de nature à entamer la solvabilité du débiteur. En outre, la créance doit être antérieure à l'acte attaqué⁵²⁷.

C. Le recours aux saisies conservatoires

Le législateur reconnaît au créancier la faculté de pratiquer une saisie conservatoire sur tel ou tel bien de son débiteur qui se trouvera de ce fait soustrait à la disposition de ce dernier et placé sous autorité de justice⁵²⁸.

Les saisies conservatoires ont, en effet, pour but de soustraire les biens du débiteur à la libre disposition de ce dernier afin de les conserver au profit du créancier. Elles constituent ainsi à la fois des mesures de précautions contre l'insolvabilité éventuelle du débiteur et des moyens de pression pour amener celui-ci à s'exécuter volontairement⁵²⁹.

Les saisies conservatoires sont régies par les articles 1413 et suivants du Code judiciaire belge et 54 et suivants de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Ces dispositions légales prévoient les formes et les conditions des saisies conservatoires en droit belge et en droit uniforme⁵³⁰.

Les conséquences des saisies conservatoires sont quasiment les mêmes ici et là : le débiteur conserve la gestion et la jouissance des biens saisis conservatoirement mais la saisie pratiquée

⁵²⁶ Lire à ce sujet, P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 602 et s.

⁵²⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 25.

⁵²⁸ *Idem*, p. 26.

⁵²⁹ V. A.-M. H. ASSI-ESSO et NDIOW DIOUF, *OHADA. Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 73.

⁵³⁰ On peut lire, pour de plus amples informations à ce sujet, Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 26 et s. pour le droit belge et A.-M. H. ASSI-ESSO et NDIOW DIOUF, *ibid.*, pp. 74 et s. On peut notamment constater ici que l'Acte uniforme sur les voies d'exécution consacre l'exclusion des immeubles du champ d'application des saisies conservatoires (article 54 de l'Acte uniforme), contrairement au droit belge qui prévoit la saisie immobilière conservatoire, c'est-à-dire la saisie d'un immeuble (article 1429 à 1444 du Code judiciaire).

les rend indisponibles, car tout acte de disposition est dorénavant inopposable aux créanciers⁵³¹.

La saisie conservatoire ne peut, en effet, contrairement à la saisie-exécution, conduire à la vente forcée du bien saisi ; elle évite tout de même, au profit de tous les créanciers, qu'il soit soustrait du patrimoine du débiteur⁵³². Elle ne confère donc aucune préférence au créancier saisissant, qui n'évitera pas les effets du concours si d'autres créanciers se joignent à lui lorsqu'il s'agira de réaliser les biens saisis conservatoirement – ou en cas de faillite ou liquidation des biens du débiteur⁵³³.

Qu'en est-il de la protection du droit de gage général découlant des inopposabilités de la période suspecte ?

D. Les inopposabilités de la période suspecte

Nos considérations précédentes montrent bien que les créanciers chirographaires suivent la foi de leur débiteur et subissent les vicissitudes de son patrimoine, leur gage commun, qui est par nature mouvant. La protection qu'ils trouvent dans le droit commun grâce à l'intentement de l'action oblique ou de l'action paulienne ou encore au recours aux saisies conservatoires s'avère, dans bien de cas, limitée. C'est pourquoi la loi renforce, en cas de faillite ou liquidation des biens, cette protection en permettant au curateur ou syndic de demander l'inopposabilité à la masse, c'est-à-dire à tous les créanciers, des actes accomplis par le futur failli en fraude de leurs droits⁵³⁴.

On relève pertinemment que la situation obérée du débiteur, dont les difficultés financières s'aggravent et qui est l'objet de pressions de plus en plus insistantes, justifie cette protection accrue des créanciers⁵³⁵.

L'action du curateur ou syndic fondée sur les articles 20 de la loi belge sur les faillites et 67 et suivants de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives ne

⁵³¹ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 26.

⁵³² *Idem*, p. 26.

⁵³³ *Ibid.*, p. 26.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 74.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 75.

peut être confondue avec l'action paulienne prévue par le droit commun. Elle comporte, comme le souligne M. MAHAUX, deux particularités intimement liées :

- seul le curateur ou syndic a qualité pour agir ;
- alors qu'en droit commun seuls les créanciers antérieurs à l'acte attaqué peuvent exercer l'action paulienne, le curateur peut exercer cette action même quand la masse comprend des créanciers qui n'auraient pu le faire individuellement en raison de la postériorité de leurs créances par rapport à l'acte frauduleux et tous les créanciers en profitent⁵³⁶, contrairement à l'action paulienne de droit commun, qui ne profite qu'au seul créancier demandeur.

La protection du droit de gage général assurée par les inopposabilités de la période suspecte s'avère certes efficace par rapport à celle garantie par l'action paulienne de droit commun au regard des particularités de celles-là et dans la mesure où elles aboutissent à la restitution en nature pour remettre les choses dans leur état antérieur, contrairement à l'action paulienne où le tiers peut toujours arrêter la restitution en désintéressant le créancier et ainsi échapper à l'obligation de restituer le bien en nature, mais elle ne renforce pas aussi les chances du créancier chirographaire d'être payé, car elle ne garantit pas ce dernier contre l'insolvabilité du débiteur. La finalité des diverses sûretés consiste d'ailleurs à palier à cette incertitude en renforçant les chances du créancier d'être payé.

On peut dire, en somme, au regard de tout ce qui précède, que le droit de gage général du créancier chirographaire, en dépit de droits accessoires dont il est assorti, reste une garantie précaire. Comment expliquer cela alors que tous les biens du débiteur, même ceux qu'il acquerra ultérieurement tant que la dette n'est pas apurée, répondent de ses engagements ? La réponse est simple : le créancier chirographaire n'est nullement protégé contre les aléas qui pourraient affecter la consistance du patrimoine du débiteur, dont il subira, a-t-on dit, les tribulations.

Ce créancier ne peut, en effet, limiter les actes d'appauvrissement du débiteur (en tout cas s'ils sont accomplis sans fraude), qui garde parfaitement le droit de disposition de ses biens nonobstant les dettes qu'il a pu contracter. Le créancier chirographaire reste, on l'a vu,

⁵³⁶ J. MAHAUX, « L'action paulienne et les nullités de la période suspecte : conditions et effets respectifs », ét. sous cass., 15 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 327.

également à la merci d'une gestion désinvolte de son patrimoine par le débiteur. Il n'est donc pas, dans ces conditions, impossible que ce créancier se retrouve en face d'un patrimoine vide et se heurte à l'insolvabilité de son débiteur au moment de l'exécution de son droit.

Le créancier chirographaire dispose sans doute de plusieurs moyens de se protéger contre les actes de son débiteur ; mais la mise en œuvre des moyens de défense susmentionnés demeure très délicate et subordonnée à des exigences de preuve sévère. On a notamment constaté que la plupart de ces moyens supposent, dans le chef de celui qui y recourt, une créance certaine et exigible, ce qui aboutit à refuser toute mesure conservatoire au créancier dont le titre est litigieux ; pareille règle sacrifie, on s'en doute, la protection du créancier à la liberté de gestion du débiteur qu'elle se refuse à paralyser⁵³⁷.

On peut regretter également le fait que le droit belge et le droit uniforme ne connaissent pas de mesure conservatoire du patrimoine du débiteur avant l'échéance de la dette impayée⁵³⁸.

En outre, n'ayant jamais de droit de préférence, le créancier chirographaire demeure à la merci des dettes nouvelles que contracte son débiteur. De là, observe-t-on, l'utilité des sûretés pour fortifier la créance⁵³⁹.

C'est donc à juste titre qu'un auteur autorisé compare les créanciers chirographaires à de misérables fantassins par rapport aux blindés constitués par les créanciers munis de sûretés dans le combat des dividendes⁵⁴⁰. Il illustre par cette comparaison la situation précaire de ces créanciers en ce qui concerne la satisfaction de leurs droits dans la mesure évidente où ils ne bénéficient que du droit de gage général qui est accordé à tout créancier quel qu'il soit.

En rapport avec la situation précise de la faillite ou liquidation des biens du débiteur, nous avons déjà indiqué que les créanciers chirographaires sont soumis à l'ensemble des règles et obligations qui constituent la discipline collective. Ils seront payés, avons-nous dit, au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de la créance de chacun sur le reliquat

⁵³⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 24.

⁵³⁸ Dans ce sens, Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 24, qui note que plusieurs législations étrangères (notamment l'article 2-609 du Uniform Commercial Code des Etats-Unis) assurent, de ce point de vue, une meilleure protection du créancier.

⁵³⁹ Dans ce sens, P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 606-607 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 13 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 7^e éd., p. 1.

⁵⁴⁰ C. GAVALDA, *JCP*, 1973, II, 17371.

restant, si reliquat il y a, après désintéressement intégral des créanciers munis de sûretés ; ils n'ont guère de droit particulier⁵⁴¹.

Leur situation est plus préoccupante dans ces procédures collectives, car ils ne reçoivent souvent aucun paiement ou doivent se contenter de dividendes dérisoires ou symboliques, alors que lesdites procédures visent à les protéger par la discipline collective et la recherche de l'égalité de traitement des créanciers⁵⁴². Ceci nous fait dire non seulement que la règle de l'égalité ne leur profite réellement que de manière marginale dans ces procédures, mais aussi que celles-ci passent pour eux pour des procédures de sacrifice. Les commentaires ci-dessous concernant l'ordre de paiement des créanciers du débiteur failli et son impact sur la situation des créanciers chirographaires le démontreront davantage.

§4. L'ordre de paiement des créanciers et son impact sur la situation des créanciers chirographaires

Nous voulons maintenant vérifier si l'ordre de paiement des créanciers consacré en cas de faillite ou liquidation des biens corrobore nos propos antérieurs concernant l'affaiblissement de l'égalité dans le concours et l'immolation consécutive des créanciers chirographaires totalement soumis à la loi de concours.

A. L'ordre de paiement des créanciers

La démarche adoptée, en droits belge et uniforme, pour la détermination de l'ordre de paiement des créanciers étant différente en ce que celui-ci l'établit, contrairement à celui-là, selon qu'on est en matière immobilière ou en matière mobilière, nous contraind d'examiner cette question séparément pour mieux ressortir les spécificités de chacun des deux ordres juridiques.

1°. L'ordre de paiement des créanciers en droit belge

L'ordre de paiement des créanciers en cas de faillite figure à l'article 99 de la loi sur les faillites qui prévoit que « *le montant de l'actif du failli, déduction faite des frais et dépens de*

⁵⁴¹ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁴² *Idem*, p. 253.

l'administration de la faillite, des secours qui auraient été accordés au failli et à sa famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers, au marc le franc de leurs créances ».

Il peut cependant se révéler complexe lorsqu'on le combine avec certaines dispositions pertinentes du droit commun portées par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851. C'est pourquoi nous nous proposons, avant d'examiner la question de la répartition aux créanciers (b), de préciser préalablement le rang des sûretés réelles (a).

a) Le rang des sûretés réelles

Il est évident, au regard de l'analyse de la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales et de celle des créanciers munis de privilèges généraux, que les conflits de rang, en cas de faillite, ne peuvent être que très nombreux et que l'érosion de la valeur des actifs grevés ne peut qu'augmenter les affrontements entre créanciers. L'important n'est plus, dans ces conditions, de savoir si un créancier est titulaire d'un privilège, mais plutôt de déterminer s'il occupe un rang favorable, de trancher les délicats conflits de concours.

Il va sans dire que, dans cette situation, c'est la liquidation rapide du patrimoine du failli au profit de ses créanciers qui en pâtit à cause des blocages dans les liquidations et retards dans les répartitions que ces conflits de concours entraînent. Ce qui fait perdre de vue que les procédures collectives, notamment la faillite, ont été créées essentiellement pour protéger les intérêts des créanciers ordinaires.

La liquidation rapide du patrimoine du failli mérite malgré tout, à notre avis, de demeurer l'objectif premier de la procédure de faillite. Elle peut notamment être garantie par la limitation des sûretés réelles et le règlement précis de leur rang, faute de quoi on risque de faire perdre à la législation sur les faillites l'efficacité qu'elle doit assurer. Des réponses précises doivent dès lors être apportées par le législateur aux questions de savoir dans quel ordre seront réglés les créanciers lorsque plusieurs sûretés réelles grèvent un même bien ou un ensemble de biens et quel ordre faut-il reconnaître aux différentes sûretés.

Nous examinerons ici brièvement les principes essentiels qui président à la détermination du rang des sûretés réelles en laissant de côté les divers cas de conflit entre créanciers⁵⁴³.

- **La règle : les privilèges priment les hypothèques**

Cette règle est énoncée par l'article 12 de la loi hypothécaire belge qui dispose que « *le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ».

La règle ainsi consacrée, qui veut que le privilège prime l'hypothèque, signifie que lorsque leur sûreté grève le même immeuble, le texte donne priorité au créancier privilégié sur le créancier hypothécaire⁵⁴⁴.

Elle s'explique, estime-t-on, à tout le moins en cas de concours entre privilège et hypothèque conventionnelle, par la « qualité de la créance » à laquelle la loi attache un privilège. Si le législateur a jugé telle créance particulièrement digne de protection en la privilégiant, il est logique qu'elle soit préférée aux créances garanties par une hypothèque qui est l'œuvre des parties. N'empêche que la préférence s'exerce aussi sur les créances garanties par une hypothèque légale, laquelle est créée par la loi non en considération de la qualité de la créance mais de la qualité du créancier, ce qui a paru justifier une protection moindre⁵⁴⁵.

Elle régit ainsi le concours entre hypothèque et privilèges de l'article 27, 1° à 4°, de la loi hypothécaire ; le concours entre hypothèque et privilège des architectes, entrepreneur et ouvriers prévu par l'article 27, 5°, de la loi hypothécaire ; le concours entre hypothèque et privilège des frais de justice au regard des articles 17 et 29 *in fine* de la loi hypothécaire ; le concours entre hypothèque et privilège du vendeur d'équipement professionnel prévu par l'article 20, 5°, de la loi hypothécaire et le concours entre hypothèque des frais de conservation prévu par l'article 20, 4°, de la loi hypothécaire.

Elle sera cependant écartée en cas de concours entre hypothèque et privilège généraux sur meubles au regard de l'article 19, dernier alinéa, de la loi hypothécaire.

⁵⁴³ Nous renvoyons à nos commentaires antérieurs relatifs à la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales et de privilèges généraux, qui ont apporté des solutions à certains cas de conflit.

⁵⁴⁴ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 341.

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 341.

Qu'est-ce qui détermine maintenant le rang des privilèges entre eux ?

- **La règle de l'article 13 de la loi hypothécaire : « *entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges* »**

Il s'agit là d'une règle logique, car le privilège est justifié, on s'en doute, par la « qualité » de la créance garantie que le législateur a jugée digne d'une protection particulière. La préférence est alors donnée à la créance qui, plus qu'une autre, mérite cette faveur légale⁵⁴⁶.

Partant du fait qu'il convient de donner préférence à la créance qui, plus qu'une autre, mérite cette faveur légale, le législateur a mis en place les règles les plus importantes pour trancher les conflits entre créanciers privilégiés.

Ainsi, les privilèges généraux sur meubles sont primés, sauf exceptions marginales prévues par les articles 22 et 25 de la loi hypothécaire, par les privilèges spéciaux sur meubles en vertu de l'article 26 de la loi hypothécaire⁵⁴⁷.

On a déjà indiqué que l'article 19 de la loi hypothécaire classe, dans l'ordre de leur rang respectif, les privilèges généraux sur meubles qu'il crée et que la plupart des privilèges généraux sur meubles reconnus au fisc, prévus par les diverses législations fiscales, viennent après les privilèges de l'article 19 de la loi hypothécaire.

Les articles 22 et suivants de la loi hypothécaire tranchent, quant à eux, les conflits les plus courants entre privilèges spéciaux sur meubles (auxquels le législateur assimile le gage).

Les articles 17 et 21 de la loi hypothécaire assignent, pour leur part, au privilège des frais de justice un rang tout à fait prioritaire. Il en est de même, en rang immédiatement subséquent, du privilège de l'assureur au regard des articles 23, alinéa 2, de la loi belge du 11 juin 1874 et 60, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992.

⁵⁴⁶ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁴⁷ On notera que le gage sur fonds de commerce ainsi que le privilège du prêteur agricole peuvent être assimilés au gage ordinaire, de ce point de vue, et l'emporteront donc aussi sur les privilèges généraux (Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 122).

Il convient de noter enfin qu'alors que les créanciers privilégiés de même rang sont payés par concurrence au regard de l'article 14 de la loi hypothécaire, les cas non tranchés par la loi sont, quant à eux, réglés par le juge, qui apprécie le critère de « qualité » ainsi proposé⁵⁴⁸.

- **Autres principes fondamentaux présidant à la détermination du rang des sûretés réelles**

On rappellera d'abord qu'entre hypothèques, c'est la date de l'inscription qui détermine le rang⁵⁴⁹. Les hypothèques inscrites le même jour sont, on l'a vu, de rang égal en vertu de l'article 81, alinéa 2, de la loi hypothécaire⁵⁵⁰.

On a vu ensuite qu'en cas de conflit entre titulaires de sûretés soumises à publicité instrumentaire, la solution est donnée par une règle non expressément affirmée par le législateur, mais qui s'impose néanmoins pour des raisons tenant à la sécurité juridique. Il s'agit de la règle de l'antériorité qui tranche le conflit entre sûretés soumises à publicité instrumentaire : *prior tempore, potior jure*.

Elle découle de la nature même de la publicité, dont la raison d'être est d'assurer l'opposabilité de la sûreté aux tiers, c'est-à-dire son efficacité. Avant son accomplissement, la sûreté n'a aucune utilité. C'est comme si elle n'existait pas⁵⁵¹.

La règle résulte de l'article 81, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire en cas de concours entre hypothèques et est imposée par l'article 12, alinéa 3, de la loi du 15 avril 1884 lorsque le créancier hypothécaire est en conflit, sur les biens immobilisés par destination économique, avec le prêteur agricole⁵⁵².

Pour rappel également, la règle de l'antériorité sera écartée chaque fois que le principe de la primauté du privilège sur l'hypothèque, consacré par l'article 12 de la loi hypothécaire, conduit à une solution différente⁵⁵³.

⁵⁴⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁴⁹ V. M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 71 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 122.

⁵⁵⁰ V. M. GREGOIRE, *ibid.*, p. 72, pour de plus amples informations sur les hypothèques de même rang.

⁵⁵¹ *Idem*, pp. 71-72 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 123.

⁵⁵² V. Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 123 et 346.

⁵⁵³ *Idem*, p. 123.

Enfin, en cas de conflit entre titulaires de sûretés conventionnelles, l'on admet que les concours entre ces sûretés (gage et hypothèque conventionnelle) peuvent être réglés selon le principe de l'antériorité⁵⁵⁴. L'article 81 de la loi hypothécaire en constitue, on vient de le voir, des applications en cas de concours entre hypothèques conventionnelles. L'article 12, alinéa 3, de la loi du 15 avril 1884 l'impose également en cas de concours, sur les biens immobilisés par destination économique, entre hypothèque conventionnelle et privilège du prêteur agricole. Elle est en outre retenue, sur ces biens, en cas de concours entre hypothèque conventionnelle et gage sur fonds de commerce⁵⁵⁵.

Ces diverses sûretés réelles qui grèvent les biens du débiteur failli ne peuvent, en somme, qu'être source de conflits entre les différents créanciers du failli. En plus du fait qu'elles portent gravement atteinte à la liquidation rapide du patrimoine du failli, objectif primordial de la procédure de faillite, elles relèguent au second plan les intérêts des créanciers chirographaires en faveur des créanciers titulaires de sûretés en obligeant les curateurs ainsi que les juges à réserver une attention particulière au règlement des conflits. Une limitation des sûretés réelles accompagnée d'une détermination précise de leur rang s'impose afin d'éviter le déséquilibre des principes et conceptions consacrés par les procédures de liquidations collectives, notamment la faillite.

Ceci étant, nous pouvons maintenant commenter les règles qui gouvernent la répartition de l'actif aux créanciers en cas de faillite.

b) La répartition aux créanciers

La loi sur les faillites détermine l'ordre des répartitions de l'actif du failli à ses différents créanciers, bien entendu en ayant égard aux règles et principes concernant la détermination du rang des sûretés réelles que nous venons de commenter.

Pour rappel, c'est l'article 99 de la loi belge sur les faillites cité ci-dessus qui constitue le siège de la matière. L'ordre qu'il fixe conditionne, comme on peut le constater, le sort des créanciers chirographaires à l'importance des dettes de la masse et des créances privilégiées.

⁵⁵⁴ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁵⁵ C'est la même règle de l'antériorité qui tranche le conflit entre créancier gagiste sur fonds de commerce et créancier gagiste ordinaire.

C'est dire que si celles-ci sont élevées, ce qui est d'ailleurs souvent le cas en cas de faillite, l'« immolation » des créanciers chirographaires sera, sans aucun doute, inévitable.

Faute d'indicateurs directs permettant d'illustrer cette situation par des données chiffrées, qui auraient l'avantage de montrer clairement le taux de désintéressement de différentes catégories de créanciers, nous allons interpréter les données statistiques relatives à la liquidation des faillites fournies par le Tribunal de commerce de Bruxelles. Nous commenterons ensuite l'ordre de répartition porté par l'article 99 précité.

- **Les données statistiques relatives à la liquidation des faillites au sein du Tribunal de commerce de Bruxelles**

On indiquera d'emblée que l'arrondissement judiciaire de Bruxelles regroupe le territoire de la Région de Bruxelles-capitale ainsi qu'un certain nombre de communes voisines, à facilité ou non, dépendant de la Région flamande⁵⁵⁶. Il constitue ainsi un échantillon représentatif important dans le domaine qui nous concerne.

En se fondant sur la répartition des faillites selon le type de clôtures fournie par le rapport sur le fonctionnement de la juridiction (Tribunal de commerce de Bruxelles)⁵⁵⁷, on peut constater que⁵⁵⁸ :

- 45% des faillites ont été clôturées pour défaut d'actif, c'est-à-dire que dans celles-ci, il n'y a eu aucun actif à répartir entre les créanciers chirographaires ;
- 42% des faillites ont donné lieu à liquidation, encore qu'ici les chances des créanciers chirographaires de recevoir un paiement sont minimales au regard de l'ordre de répartition à respecter ;

⁵⁵⁶ Voir Rapport sur le fonctionnement de la juridiction (Tribunal de commerce de Bruxelles), activités – année 2004, approuvé par l'Assemblée Générale du Tribunal de commerce de Bruxelles du 10 mars 2005, p. 39. Le rapport mentionne que, « du point de vue de l'analyse économique, ces communes (v. par exemple Zaventem) ont une activité économique étroitement liée à celle de la région bruxelloise. Les statistiques du tribunal offrent dès lors, souligne le rapport, probablement l'intérêt de mieux refléter la réalité économique du pôle d'attraction et d'activités que constitue Bruxelles ».

⁵⁵⁷ Ce rapport, portant sur les activités – année 2003, a été approuvé par l'Assemblée Générale du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 15 mars 2004.

⁵⁵⁸ Voir rapport activités – année 2003, p. 11. Il convient de noter que les statistiques sont faites par année civile et non par année judiciaire ; les chiffres cités dans ce rapport couvrent dès lors la répartition de janvier à décembre 2003 (p. 5).

- 13% des faillites comportaient une insuffisance d'actif, c'est-à-dire que les chances de voir lesdits créanciers obtenir un remboursement de leurs créances étaient quasiment nulles pour le même motif ;
- 0% de cas de défaut de passif.

Comme l'observe le rapport précité, « la faillite se veut être un mode de liquidation des actifs au profit des créanciers ; elle ne l'est qu'une fois sur deux. Dans près d'une faillite sur deux, le curateur désigné par le tribunal ne retrouve en effet aucun actif ou les actifs retrouvés ne couvrent même pas les frais de la liquidation »⁵⁵⁹.

On peut aboutir au même résultat si l'on examine le respect du prescrit de l'article 51 de la loi sur les faillites, qui oblige les curateurs à verser à la Caisse des dépôts et consignations, dans les huit jours de la recette, les deniers provenant de leurs ventes et recouvrements, à peine de devoir les intérêts commerciaux des sommes qu'ils n'ont pas versées et même d'être remplacées⁵⁶⁰.

En effet, sur 1248 faillites déclarées ouvertes dans la Région de Bruxelles-capitale en 2003⁵⁶¹, il y a eu 437 cas de consignation à ladite Caisse⁵⁶², alors que sur 1291 faillites déclarées ouvertes dans la même région en 2004⁵⁶³, il y a eu 342 cas de consignation auprès de la Caisse susmentionnée⁵⁶⁴.

Ce faible taux de consignation enregistré aussi bien en 2003 qu'en 2004 par rapport aux faillites déclarées ouvertes montre que dans bien de faillites, il n'y a aucun actif à consigner et que peu de faillites laissent un actif à répartir aux créanciers chirographaires.

En serait-il autrement au regard de la répartition prévue par l'article 99 de la loi sur les faillites ?

⁵⁵⁹ Voir rapport activités – année 2003, p. 12. Cette observation est d'ailleurs réaffirmée dans le rapport activités – année 2004 (p. 41).

⁵⁶⁰ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 592.

⁵⁶¹ Source : ECODATA, cité par le rapport activités – année 2004, p. 39.

⁵⁶² Voir les statistiques de la Caisse des dépôts et consignations.

⁵⁶³ Source : ECODATA, cité par le rapport activités – année 2004, p. 39.

⁵⁶⁴ Voir les statistiques de la Caisse des dépôts et consignations.

- **Commentaire de l'article 99 de la loi sur les faillites**

L'objectif de ce point est de montrer que le risque que courent les créanciers chirographaires de ne rien recevoir au moment de la répartition de l'actif du failli est élevé au regard de cette disposition, qui gouverne la distribution de l'actif du failli.

Il devient superflu au point où nous en sommes de commenter encore le régime juridique des créances de la masse, des créances privilégiées ainsi que des créances ordinaires. On se référera pour cela à nos développements antérieurs. On va plutôt exposer ici les lignes directrices de la distribution de l'actif du failli à ses différents créanciers au regard de l'article 99 précité.

Echappent, en effet, à la loi du concours et peuvent ainsi obtenir un paiement échappant au traitement égalitaire, au regard de l'article susmentionné et dans la mesure où ils ont déclaré leurs créances :

- les créanciers de la masse pour toutes les créances nées directement de l'administration de la faillite ainsi que celles nées d'une activité du curateur⁵⁶⁵ ;
- les créanciers titulaires d'un droit réel : ceux-ci ne seront intéressés par la distribution que dans la mesure où l'objet de leur droit réel a disparu au cours de la liquidation et que leurs droits se sont mués en une créance sur la masse active.

On a vu, en outre, ci-dessus que nombre d'autres mécanismes du droit des obligations, qui ne peuvent nullement être sous estimés ici et qui sont même encouragés par les praticiens⁵⁶⁶, aboutissent à faire échapper leurs bénéficiaires à la loi du concours. Il va sans dire, en effet, que ces créanciers n'entreront plus en ligne de compte pour les répartitions, dès lors précisément que le mécanisme utilisé leur permet d'échapper au concours et de gérer leur sûreté hors masse.

⁵⁶⁵ La possibilité de voir des créanciers nouveaux entrer en concours avec les créanciers possédant une créance le jour de la faillite et être même payés par préférence par rapport à ces créanciers est non seulement évidente en cas de faillite, mais aussi n'augure point des jours meilleurs aux créanciers chirographaires.

⁵⁶⁶ Voir les études de : A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augure d'une plus grande sécurité juridique », *J.T.*, 27 novembre et 4 décembre 2004 ; M. GREGOIRE, « Créanciers, comment tirer parti du droit de la propriété, du droit de rétention et du droit des obligations pour renforcer vos droits », Actes des journées d'études organisées par E.F.E. les 22 et 23 octobre 1997, doc. dact.

Le rôle du curateur est fondamental à ce stade, car c'est lui qui détient le pouvoir de réaliser les biens meubles auxquels une sûreté réelle était attachée. Il devra transmettre, dans ce cas, le produit net de la réalisation au bénéficiaire, et cela, bien entendu, après déduction du produit de la vente des frais afférents à cette vente.

Il convient de remarquer que le créancier titulaire d'une sûreté réelle qui n'aurait pas été désintéressé de l'ensemble de sa créance restera admis à due concurrence pour le solde dans le passif chirographaire. En revanche, au cas où le prix de réalisation du bien meuble dépasse la valeur de la créance, l'excédent est recouvré par le curateur contre l'acheteur au profit de la masse. S'il s'agit d'un gage sur fonds de commerce, celui qui est chargé de réaliser le gage remettra le solde au curateur, si évidemment ce n'est pas lui qui aurait été désigné.

Les mêmes principes s'appliquant au créancier hypothécaire conduisent à le refouler d'une quelconque répartition s'il a été complètement désintéressé par la vente. Dans le cas contraire et dans la mesure où sa créance a été déclarée et vérifiée, il entrera dans la masse chirographaire (pour le solde ou pour le tout, s'il n'était pas encore utile parmi les créanciers hypothécaires).

Il peut arriver aussi que le créancier hypothécaire ait déjà reçu, avant la vente de l'immeuble, le paiement d'une partie de sa créance au cours d'une première répartition. Dans ce cas, il ne touchera le montant de sa collocation immobilière que sous déduction de ce qu'il avait déjà reçu.

Lorsque le curateur a fini de payer les dettes de la masse, il s'occupe de créanciers privilégiés généraux qui ne seront en règle payés qu'un peu tard dans la faillite ou juste avant clôture. Lorsqu'ils ont été payés ou les sommes qui leur sont destinées ont été réservées, le curateur procède enfin au calcul du dividende qui reviendra aux créanciers ordinaires, sans oublier que l'état de répartition doit tenir compte des sommes qu'il y a lieu de réserver pour les dépens de clôture.

On en retiendra que le concours des créanciers en cas de faillite ne se crée qu'entre les 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 peuvent ultérieurement échoir au failli ou être récupérés par l'exercice des actions en

responsabilité ou en inopposabilité, est la règle, sauf lorsque le régime des privilèges et hypothèques impose d'y déroger.

L'article 99 précité illustre clairement non seulement l'affaiblissement de l'égalité dans le concours né de la faillite, mais aussi la situation défavorable dans laquelle se trouvent principalement les créanciers chirographaires totalement soumis à la loi du concours.

Il en découle, en définitive, qu'au regard des principes de la répartition, les multiples créances privilégiées combinées avec les créances hypothécaires, les différentes dettes de la masse et les mécanismes préférentiels aboutissent – en plus des conflits importants qu'ils occasionnent au cours de la procédure de faillite – à l'immolation des créanciers chirographaires lors de la répartition de l'actif, car ces derniers ne se répartissent que les miettes laissées par les titulaires des dites créances. Dans ces conditions, l'égalité des créanciers ordinaires ne peut l'être que presque devant le vide et l'égalité dans le concours ne peut que se trouver considérablement affaiblie.

Il y a là manifestement un problème quand on sait que la procédure de faillite est essentiellement organisée dans une perspective égalitaire dans l'intérêt des créanciers chirographaires. C'est pourquoi nous verrons ci-dessous comment cette évolution constatée dans la procédure de faillite et qui dégrade la situation des créanciers chirographaires en même temps qu'elle affaiblit démesurément la règle de l'égalité des créanciers peut être redressée en vue d'aboutir tant soit peu à une liquidation équitable et rapide du patrimoine du failli.

Voyons maintenant si la même situation s'observe en droit uniforme.

2°. L'ordre de paiement des créanciers en droit uniforme

On fait remarquer les efforts de clarification et simplification déployés par les Actes uniformes en la matière en ces termes : « alors que dans le passé, pour parvenir à établir un classement complet et cohérent des créanciers, il fallait combiner les règles des codes de procédure civile, du droit foncier (pour les immeubles) et du code civil, désormais, la tâche des juristes est considérablement simplifiée par les articles 148 et 149 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui réunissent l'ensemble des créanciers titulaires de sûretés

en les regroupant en deux masses distinctes respectivement consacrées à la distribution du prix des immeubles et à celle du prix des meubles. Même si, inévitablement, on retrouve certains d'entre eux dans les deux masses (les créanciers chirographaires et ceux munis d'un privilège général), le classement exhaustif des diverses catégories de créanciers dans ces deux articles évite la recherche de la détermination de leur rang dans des textes épars comme c'était le cas autrefois »⁵⁶⁷.

En effet, les classements visés ici sont ceux du droit commun et concernent la répartition des deniers provenant de la réalisation des biens d'un débiteur *in bonis*. Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif, comme c'est le cas ici, ce sont les articles 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui s'appliquent. L'on peut constater, à la lecture de ces deux articles, qu'ils reproduisent l'ordre prévu par les articles 148 et 149 précités en y intégrant deux données spécifiques aux procédures collectives : la présence des créanciers contre la masse et la nécessité de tenir compte de la réalisation éventuelle de l'ensemble des biens du débiteur pour parvenir au paiement de tous les créanciers⁵⁶⁸.

L'analyse de l'ordre en matière immobilière (a) et celle de l'ordre en matière mobilière (b) suggérée par les dispositions légales ci-dessus ne manquera pas de montrer que l'ordre de paiement des créanciers et la distribution pour les créanciers de même rang comportent encore des questions relativement complexes en dépit des efforts de clarification et de simplification faits par les Actes uniformes⁵⁶⁹.

a) Le classement des créanciers en matière immobilière

- **Siège de la matière**

L'article 166 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif constitue le siège de la matière. Il dispose, en effet, que :

« *Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués ainsi :*

⁵⁶⁷ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 244.

⁵⁶⁸ *Idem*, p. 244.

⁵⁶⁹ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 262.

1° aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

2° aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

3° aux créanciers hypothécaires et séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ;

4° aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

5° aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

6° aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc ».

Il s'agit là d'une disposition dont la vocation est de faciliter le paiement des créanciers dans l'ordre au regard de l'effort de classement des créanciers pouvant prétendre à un traitement préférentiel qu'elle opère. Elle illustre également l'importance de la règle de l'égalité au moment de la répartition de l'actif aux créanciers en concours. Elle laisse présumer enfin, au regard de l'ordre qu'elle consacre, que ladite règle ne profitera aux créanciers chirographaires que de manière marginale dans le meilleur des cas.

• **Application de l'article 166**

Nous ne reviendrons plus ici sur les droits des différentes catégories de créanciers reprises dans cet article. On se réfère pour cela à nos considérations précédentes⁵⁷⁰.

Des observations suivantes méritent néanmoins d'être formulées⁵⁷¹ :

- les créanciers qui occupent un rang supérieur doivent être intégralement payés avant les créanciers du rang suivant et ainsi de suite ;
- certains rangs peuvent comprendre des créanciers qui eux-mêmes font l'objet d'un classement particulier. La cinquième catégorie réservée « aux créanciers munis d'un

⁵⁷⁰ On peut lire également, Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, pp. 244-250.

⁵⁷¹ Voir pour l'essentiel de ces observations, M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, pp. 926-928 ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 263-265.

privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés » nous fournit un exemple. Au sein de cette catégorie viennent d'abord les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité chacun selon le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, puis le privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 107 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

- Pour la plupart des catégories de créanciers, à savoir celles visées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° de l'article 166, lorsque les deniers sont insuffisants pour désintéresser tous les créanciers, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales au marc le franc.

Une simple illustration fournie par M. FILIGA SAWADOGO⁵⁷² permet de voir la complexité de la matière lorsqu'il s'agit de déterminer l'ordre de paiement des créanciers et la distribution pour les créanciers venant à rang égal, et ce malgré les efforts de classement opérés par le législateur. Il retient, pour cela, le montant des créances réclamé suivant : rang 1 : 5 millions ; rang 2 : 10 millions ; rang 3 : 20 millions ; rang 4 : 6 millions ; rang 5 : 18 millions ; rang 6 : 33 millions ; soit un totale de 92 millions de F. Il mentionne ensuite quatre hypothèses possibles pour illustrer cette complexité :

- première hypothèse : supposons que la réalisation de l'actif immobilier du débiteur donne un montant de 35 millions. Dans ce cas, les créanciers des rangs 1, 2 et 3 seront intégralement payés, mais ceux des autres rangs (4, 5 et 6) ne percevront rien, faute de reliquat. Il convient de noter que le montant retenu pour le rang 2 est celui déterminé en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif (article 166-2°). Ce qui veut dire, par exemple, que si l'immeuble concerné représente 20% de l'ensemble de l'actif, il doit contribuer au règlement de 20% du montant des créances de salaires privilégiés.
- Deuxième hypothèse : si la réalisation de l'actif donne un montant de 39 millions, aucun problème ne se pose pour les créanciers des rangs 1, 2 et 3, car ils seront, comme dans la première hypothèse, intégralement désintéressés, mais avec un reliquat de 4 millions, qui servira exclusivement aux créanciers du rang 4. Leurs créances ne seront pas totalement épongées, car elles s'élèvent à 6 millions. Chaque créancier recevra un paiement au marc

⁵⁷² M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 263-265.

le franc, c'est-à-dire proportionnel au montant de sa créance. En l'occurrence ici, chaque créancier du rang 4 recevra $\frac{2}{3}$ du montant de sa créance.

- Troisième hypothèse : si la réalisation de l'actif donne un montant de 56 millions, les créanciers des rangs 1, 2, 3 et 4 seront intégralement payés pour un montant total de 41 millions et il restera un reliquat de 15 millions pour les créanciers du rang 5. On peut penser d'emblée que chacun des créanciers du rang 5 recevra $\frac{15}{18}$ du montant de sa créance. Mais l'examen de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés laisse apparaître qu'une priorité est accordée aux créanciers munis de privilèges publiés en fonction de la date de publication. Suivent alors les créanciers titulaires de sûretés non publiées selon le rang fixé à l'article 107 de l'Acte uniforme précité. Ainsi, si les créances bénéficiant de privilèges publiés s'élèvent à 9 millions, elles seront intégralement payées et le reliquat de 6 millions sera réparti aux créanciers de privilèges non publiés conformément à l'article 107, à tel point qu'en fonction de leurs rangs au sein de cet article et de leur nombre dans le même rang, certains créanciers seront intégralement payés, d'autres le seront proportionnellement et peut-être que ceux du ou des derniers rangs ne percevront rien.
- Quatrième hypothèse : si la réalisation de l'actif donne un montant de 62,3 millions, les créanciers des rangs 1 à 5 seront intégralement payés et il restera un reliquat de 3,3 millions pour les créanciers du rang 6. Chacun des créanciers du rang 6 percevra $\frac{3,3}{33}$ millions = $\frac{1}{10}$ du montant de sa créance. Celui qui a une créance de 4,5 millions recevra 0,45 millions.

La situation des créanciers du rang 6, c'est-à-dire les créanciers chirographaires, nous intéresse particulièrement ici. La lecture de l'article 166 sous examen, illustré par ces différentes hypothèses, montre bien qu'en droit uniforme également le risque de voir les créanciers chirographaires être privés de dividendes est élevé en cas de liquidation des biens du débiteur et de répartition de l'actif à ses différents créanciers selon leur rang.

Il résulte de l'exemple ci-dessus que les créanciers occupant le sixième rang ne percevront rien souvent, si pas toujours, dans les procédures collectives comme dans les hypothèses 1 à 3 ou alors ne percevront que des montants dérisoires comme dans l'hypothèse 4. En outre, l'affaiblissement de l'égalité dans le concours résultera toujours ici, à la différence du droit belge, d'abord de la préférence reconnue aussi bien aux frais de justice qu'aux créances de

salaires super privilégiés et ensuite de celle des créances hypothécaires, de la masse et privilégiées générales.

b) Le classement des créanciers en matière mobilière

- **Siège de la matière**

L'article 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui constitue le siège de la matière dispose :

« Les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués ainsi :

1° aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

2° aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;

3° aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

4° aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;

5° aux créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacun suivant le rang de son inscription au registre de commerce et du crédit mobilier ;

6° aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;

7° aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

8° aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;

9° aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 6°, 7° et 8° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc ».

- **Application de l'article 167**

On peut indiquer d'emblée que les observations formulées et l'illustration faite en matière immobilière sont *mutatis mutandis* valables en matière mobilière.

Il y a lieu d'observer cependant que pour le renvoi fait par le huitième rang à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, le recours à l'article 149 de cet Acte montre qu'il faut se référer à l'article 107 du même acte et suivre l'ordre que celui-ci fixe. Une interrogation subsiste malgré tout, car il faut encore savoir s'il ne doit pas y avoir d'abord les privilèges généraux soumis à publicité selon l'ordre d'inscription, puis les privilèges non soumis à publicité dans l'ordre de l'article 107, exactement dans les mêmes conditions que pour les immeubles. Nous pensons que l'opposabilité aux créanciers recherchée par la publicité de certains privilèges peut justifier la préséance des privilèges généraux soumis à publicité selon l'ordre d'inscription sur ceux qui ne le sont pas.

Il reste à faire observer que l'ordre de distribution du prix du produit des biens d'un débiteur déclaré en liquidation des biens (articles 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives) est le même que lorsque le débiteur est *in bonis*, sous réserve de tenir compte de deux particularités introduites par l'ouverture de la procédure collective⁵⁷³.

Il y a en effet, en premier lieu, la nécessité de prendre en considération les créanciers contre la masse, qui se voient octroyer par la loi, du fait qu'ils consentent du crédit au débiteur reconnu en cessation des paiements, un droit de préférence qui les place aussitôt après les créanciers hypothécaires en matière immobilière et après les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial en matière mobilière. L'on admet que pareille modification de l'ordre de distribution par insertion d'une catégorie de créanciers inconnue en droit commun ne suscite pas de difficultés particulières, sauf quant à la reconnaissance de cette qualité aux créanciers qui la revendiquent⁵⁷⁴. Elle aggrave néanmoins, en dépit de sa nécessité, le sort des créanciers chirographaires.

Vient, en second lieu, la nécessité de tenir compte du caractère collectif de la procédure, qui impose la règle selon laquelle les privilèges généraux sont servis sur tous les biens en proportion de la valeur de chaque bien par rapport à la valeur totale de l'actif⁵⁷⁵.

⁵⁷³ V. Fr. ANOUKAHA et al., *op. cit.*, p. 256.

⁵⁷⁴ *Idem*, p. 256.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pp. 256-257.

Résumons à présent l'impact de l'ordre de paiement des créanciers exposé ci-dessus sur la situation des créanciers chirographaires.

B. L'impact de l'ordre de paiement des créanciers sur la situation des créanciers chirographaires

Nos considérations précédentes révèlent combien la situation des créanciers est susceptible d'être complexe, aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme, si l'on est en présence de plusieurs créanciers munis de sûretés différentes, tel sera souvent le cas en cas de faillite ou liquidation des biens, et cela en dépit des efforts méritoires des Actes uniformes allant, à la différence du droit belge⁵⁷⁶, dans le sens de la clarification et de la simplification du régime des sûretés et du classement des créanciers.

Il a été constaté, en rapport avec le débiteur et les créanciers, que le jugement d'ouverture, que nous considérons comme un jugement constitutif d'un point de vue technique, apporte incontestablement des modifications fondamentales à leur situation.

Sur la situation précise des créanciers chirographaires, qui nous préoccupe ici, l'on a noté qu'ils subissent tous les désagréments de la procédure : ils sont réunis en une masse et se voient appliquer la suspension des poursuites, l'arrêt du cours des intérêts, l'obligation de produire et la règle du paiement au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant des créances⁵⁷⁷. Ces contraintes sont justifiées, on s'en doute, par le souci de favoriser leur paiement dans les meilleures conditions.

Mais malheureusement, au regard de la position qu'ils occupent dans l'ordre de paiement susmentionné, ils ne reçoivent souvent rien dans les procédures collectives sous examen ou alors sont obligés de se contenter de montants dérisoires.

Ce sort peu enviable réservé à cette catégorie des créanciers en cas de faillite ou liquidation des biens se vérifie aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme lorsqu'on tire les conséquences des articles 99 de la loi belge sur les faillites et 166 et 167 de l'Acte uniforme

⁵⁷⁶ On peut lire à ce sujet les observations critiques et suggestions à l'égard de privilèges et mécanismes préférentiels formulées par A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 1036 et s.

⁵⁷⁷ V. M. FILIGA SAWADOGO, « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *loc. cit.*, p. 231.

portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui posent les principes de la répartition de l'actif du débiteur respectivement en cas de faillite et de liquidation des biens de ce dernier.

Rien de surprenant, en tout cas, lorsqu'on sait, par exemple, que l'article 8 de la loi hypothécaire belge précise que la règle fondamentale de l'égalité des créanciers en cas d'insuffisance d'actif du débiteur reçoit exception lorsqu'il existe « entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Celles-ci octroient, on s'en doute, aux créanciers qui en bénéficient une priorité sur les autres créanciers lors de la répartition du prix de vente, c'est-à-dire le droit de se faire désintéresser avant eux. Les créanciers ainsi avantagés s'opposent comme tels aux créanciers dits chirographaires, c'est-à-dire aux créanciers ordinaires qui ne peuvent invoquer, eux, aucune cause de préférence et subiront donc la rigueur du concours par l'amputation de leurs créances, payées au prorata de l'actif disponible⁵⁷⁸.

Toutes les causes de préférence examinées ci-dessus comportent, en effet, une double réalité (rupture de la règle de l'égalité et soustraction de certains créanciers aux effets du concours), qui se vérifie clairement dans tous les cas de concours né de la faillite ou liquidation des biens, et mettent à jour non seulement la question de la valeur ou l'utilité de la règle de l'égalité des créanciers, mais aussi le sort peu enviable des créanciers chirographaires totalement soumis à la loi du concours dans ces procédures collectives.

On n'a nullement négligé l'importance de certaines causes de préférence. L'on a stigmatisé, à cet égard, notamment le nombre très élevé de privilèges – surtout en droit belge au regard de l'article 19 de la loi hypothécaire et potentiel cependant en droit uniforme au regard de l'article 106 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés autorisant la création des nouveaux privilèges généraux par des textes spéciaux (nationaux ou supranationaux) – qui, conjugués avec les hypothèques, rend creuse la notion même de répartition égalitaire en cas de faillite ou liquidation des biens.

L'étude de la catégorisation des créanciers et de leurs droits nous a permis de présenter, en outre, des cas qui, tout en rendant la situation des créanciers chirographaires peu enviable, aboutissent inéluctablement à affaiblir la règle de l'égalité des créanciers. Il en est ainsi

⁵⁷⁸ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 84.

lorsque la loi même commande, dans certaines situations non moins importantes, en droit belge surtout⁵⁷⁹, d'observer un ordre de répartition prioritaire pour certaines créances ayant trait directement à l'administration de la faillite : ce sont les dettes de la masse dont les conséquences ne font que réduire la portée de la règle de l'égalité et partant peser considérablement sur le produit de l'actif.

Il en est ainsi également de multiples constructions légales ou celles issues de la volonté même des parties mettant en place des mécanismes préférentiels qui ne font, à leur tour, qu'accentuer cette érosion du principe de l'égalité et renforcer le sacrifice des créanciers chirographaires.

Cette situation désespérée dans laquelle se trouvent les créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens, pourtant premiers destinataires de ces procédures collectives, mérite de retenir l'attention du législateur. C'est pour cette raison d'ailleurs que nous y consacrons l'essentiel de nos considérations ultérieures afin de voir si une amélioration de leur sort est possible.

⁵⁷⁹ Car le législateur uniforme de l'OHADA tempère, comme il a été vu ci-dessus, la priorité reconnue aux créances de la masse.

