

Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité

Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation

subsistantes ou nouvelles

Alain Zenner¹

1. Action directe des sous-traitants. Champ d'application. Exercices multiples	290
2. Administrateurs ou gérants et représentants permanents indépendants.	
Qualification <i>ipso facto</i> comme entreprise?	291
3. Appel du jugement statuant sur la demande d'autorisation de transfert.	293
4. Aveu de faillite. Failli partie au procès?	293
5. Biens échéant au failli d'une cause postérieure au jugement déclaratif. Notion de cause	294
6. Biens échéant au failli d'une cause postérieure au jugement déclaratif. Droits des créanciers?	294
7. Boni de liquidation (attribution du -)	295
8. Compensation fiscale (maintien de l'affectation des sommes à restituer ou à payer au redevable nonobstant un concours ou une procédure d'insolvabilité)	295
9. Conflits d'intérêts des administrateurs de société. Notion. Droit d'action des tiers.	
Dettes de ou dans la masse?	296
10. Conflits d'intérêts des curateurs.	296
11. Contrats en cours et réorganisation judiciaire. Remédiation	297
12. Contrats en cours. Option(s) du curateur	297
13. Contrats en cours. Résiliation <i>sui generis</i> par les curateurs. Indemnisation.	
Dettes de ou dans la masse?	298
14. Créanciers affectés par le plan de réorganisation (notion)	298
15. Créances sursitaires extraordinaires. Inclusion des créances garanties par un privilège spécial? Hauteur du caractère extraordinaire	298
16. Délais de recours. Point de départ. Publication au <i>Moniteur belge</i> . Effets	299
17. Dettes de masse. Actif insuffisant. Concours des créanciers de la masse. Fait générateur	300
18. Distributions. Notion. Tests de liquidité et de solvabilité. Comptes courants d'associés	301
19. Effacement. Faillite. Conditions. Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.	
Transfert d'entreprise sous autorité de justice	302
20. Effacement. Portée. Dettes de la liquidation	302
21. Entreprise (qualité d'-). Economie collaborative (Airbnb, Uber). Indépendant (notion).	
Commerçant	303
22. Entreprises publiques (application du droit de l'insolvabilité aux -)	304
23. Extension de faillite	305
24. Honoraires et frais des curateurs. Calcul et imputation	305
25. Hypothèque légale du fisc. Réorganisation judiciaire. Inscription pendant le sursis	305
26. Inopposabilités de la période suspecte. Rapport. Obligations de la masse	306
27. Liquidation déficitaire. Procédure d'insolvabilité?	306
28. Mandataires de justice dans les réorganisations judiciaires. Demande de tiers?	
Recevabilité de la demande	307
29. Marchés publics (participation aux -). Entreprises en réorganisation judiciaire	307
30. Mécanismes préférentiels conventionnels. Egalité des créanciers. Portée de l'article 8 L. hyp.	308
31. Organisations sans personnalité juridique (notion)	308
32. Organisation (structurée et stable). Notion	309

¹. Avocat.

33. Plessers (conséquences de l'arrêt -)	310
34. Précompte professionnel et cotisations sociales. Sort en cas d'échec d'une réorganisation judiciaire . . .	312
35. Presse (liberté de la -): un tabou sur les difficultés d'entreprises?	312
36. Privilèges du trésor	313
37. Procédure de la sonnette d'alarme. Responsabilité des administrateurs. Responsabilité des professionnels du chiffre	314
38. Professions libérales (application du droit de l'insolvabilité aux -)	315
39. Rapport de la faillite. Frais et honoraires du curateur	315
40. Reprises de passif dans les réorganisations judiciaires par transfert sous autorité de justice	316
41. Responsabilité des dirigeants. Non-paiement des dettes de précompte professionnel ou de TVA. Recevabilité de l'action après faillite?	316
42. Responsabilité des dirigeants. Plafonnement. Exclusion des dettes fiscales et sociales	316
43. Responsabilité des dirigeants. Poursuite d'activité irrémédiablement compromise. Délégué à la gestion journalière non administrateur	317
44. Responsabilité des dirigeants. Récidive dans le non-paiement des cotisations sociales	317
45. Rétention (droit de -). Déclaration de créance?	318
46. Solidarité des donneurs d'ordre et action directe pour dettes fiscales. Subsistance en cas de réorganisation judiciaire	318
47. Sûretés personnelles à titre gratuit. Décharge. Condition de disproportion. Moment de l'appréciation	318
48. Sursis provisoire. Effets. Gage spécifique. Expulsion	319
49. Syndicats (faillite des -)?	319
50. Termes et délais (application aux créances fiscales)	320

RÉSUMÉ

Otre trois réformes majeures², le Livre XX du Code de droit économique a apporté un certain nombre d'adaptations ou de clarifications de détail de la législation antérieure sur les réorganisations judiciaires et les faillites, dont certaines ne sont pour autant pas dénuées d'importance³.

Mais de nombreuses questions prêtent toujours à interrogations, voire à controverses⁴. L'objectif de la présente contribution est de dresser l'inventaire des principales d'entre elles, au nombre d'une cinquantaine⁵. Elle se veut synthétique, en renvoyant pour le reste le lecteur aux paragraphes référencés du Traité du droit de l'insolvabilité⁶ et du Manuel de l'insolvabilité des entreprises⁷, publiés les 14 novembre et 6 décembre derniers, ainsi qu'à la doctrine et à la jurisprudence citées⁸.

On relèvera d'emblée que près d'une dizaine de controverses concernent les droits de l'administration fiscale et de l'ONSS, dont les prérogatives peuvent souvent être exercées nonobstant l'ouverture d'une procédure de réorganisation ou de faillite. Certaines d'entre elles ont été jugées inconstitutionnelles, tant elles étaient excessives. A l'occasion de l'introduction du Livre XX dans le Code de droit économique et de la promulgation du Code de recouvrement

². Extension du champ d'application du droit de l'insolvabilité à toutes les entreprises (à quelques exceptions près); instauration d'une procédure électronique (numérisation des procédures); octroi d'une seconde chance au failli (en limitant le dessaisissement consécutif à la faillite et en organisant l'effacement de son passif).

³. Sur la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, voy. D. GOL et N. THIRION, « La réforme du droit des entreprises: panorama général », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, CUP, vol. 190, Anthemis, 2019, pp. 163-203. Sur le monde de l'entreprise en Belgique, voy. E. VAN DEN BROELE, « Het ondernemingslandschap bij de inwerkingtreding van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/5, pp. 452-476.

⁴. Sur la fabrique et l'application de la loi, causes de cette situation, voy. *Traité*, pp. 144-157, n° 208-215. *Addé* Cl. PARMENTIER, « Être juge en ce début de XXI^e siècle », *li juridique*, 2017/41, pp. 5-7; H. CULOT, « Le coût du changement », *TPR-RPS*, 2019/1, p. 5-6; E.-J. NAVEZ, « Le droit comme 'produit' et le marketing juridique. L'exemple du Code des sociétés et des associations », *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/6, pp. 583-584; J. VANANROYE, « Wat zegt de wetgever als hij zwijgt? », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020/1, pp. 3-4.

⁵. Il en existe bien sûr d'autres, touchant cependant à des questions à mon estime moins primordiales; les derniers examens de jurisprudence disponibles en fournissent un aperçu: voy. S. BRIJS et R. LINDEMANS, « Kroniek insolventierecht 2015-2016 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2017/3, pp. 288-339 et S. JACMAIN, F.-G. CASPAR, C. GREGOIRE, L. MAISTRIAUX et A. ROELS, « Chronique. Droit de l'insolvabilité 2017-2018 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2019/29, pp. 29-64. Mérite aussi d'être signalée la mise à jour par M. LEMAL du *Guide juridique de l'entreprise* de M. COIPEL, P. WERY et I. DURANT (dirs.), Kluwer, décembre 2019, qui tient compte de l'insertion par la loi du 11 août 2017 des dispositions relatives à la faillite dans le Code de droit économique.

⁶. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019 (en abrégé: *Traité*).

⁷. I. VEROUSTRATE ET AL., *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolters Kluwer, 2019 (en abrégé: *Manuel*).

⁸. La rédaction de cette contribution a été close le 30 avril 2020, sauf pour ce qui concerne les corrections d'épreuves.

amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales (CRAF), entrée en vigueur le 1^{er} janvier dernier⁹, les faveurs dont jouissent le fisc et l'Office ont encore été étendues, parfois subrepticement et au mépris des principes dégagés antérieurement par la Cour constitutionnelle. Certaines de ces faveurs ont déjà prêté à controverse en doctrine; d'autres y prêteront très certainement aussi. Cette contribution les passe en revue¹⁰.

SAMENVATTING

Naast drie belangrijke hervormingen heeft Boek XX van het Wetboek van economisch recht punctueel de vroegere wetgeving inzake gerechtelijke reorganisaties en faillissementen aangepast of verduidelijkt. Hoewel sommige wijzigingen details lijken, zijn ze niet onbelangrijk.

Veel twistpunten geven echter nog steeds aanleiding tot discussie. Deze bijdrage heeft tot doel de belangrijkste ervan op te sommen, namelijk een vijftigtal, en synthetisch te commentariëren, met verwijzing voor het overige naar de aangehaalde paragrafen van het Traité du droit de l'insolvabilité en van het Manuel de l'insolvabilité des entreprises van 14 november en 6 december jongstleden, alsmede naar de hieronder geciteerde rechtsleer en rechtspraak.

Van meet af aan valt op te merken dat een tiental controverses betrekking hebben op de rechten van de fiscus en van de RSZ, waarvan de prerogatieven vaak kunnen worden uitgeoefend ondanks de opening van een reorganisatie- of faillissementsprocedure. Een aantal van deze prerogatieven werden ongrondwettelijk geacht, omdat ze buitensporig waren. Ter gelegenheid van de invoering van Boek XX in het Wetboek van economisch recht en van de afkondiging van het Wetboek van minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen, dat op 1 januari jl. in werking is getreden, werden de prerogatieven van de fiscus en van de Rijksdienst nog verder uitgebreid, soms stiekem en in strijd met de door het Grondwettelijk Hof aangehouden beginselen. Sommigen ervan werden reeds door de rechtsleer bekritiseerd; anderen zullen zeker ook tot discussie leiden. In deze bijdrage worden ze doorgenomen.

1. ACTION DIRECTE DES SOUS-TRAITANTS. CHAMP D'APPLICATION. EXERCICES MULTIPLES

La question du champ d'application de l'article 1798 du Code civil¹¹ a été longtemps controversée: était-elle réservée à la construction, la transformation, la réfection ou l'entretien d'immeubles bâtis de tous types (bâtiments, ponts, routes ou meubles devenus immeubles par incorporation), comme le voulait une interprétation restrictive? Était-elle circonscrite aux contrats de sous-traitance relatifs à tout type d'activité dans un contexte immobilier, qu'elle soit mobilière ou immobilière, comme le voulait une interprétation médiane? Ou l'article s'appliquait-il indépendamment du secteur d'activité et de la nature, manuelle ou intellectuelle, de la sous-traitance, comme le voulaient la jurisprudence et la doctrine majoritaires? Cette controverse n'a plus lieu

d'être depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en la matière, dont l'article 91 a modifié l'article 20, 12°, de la loi hypothécaire pour aligner le champ d'application *ratione personae* de l'action directe et du privilège du sous-traitant et dont l'exposé des motifs confirme que la protection du sous-traitant vise dorénavant tous les cas de sous-entreprise¹².

Une autre question reste cependant débattue: celle de savoir si l'exercice de l'action directe par plusieurs sous-traitants doit se régler par un partage au marc le franc ou selon l'antériorité.

⁹ Voy. N. PIROTE, « Un Code fiscal de plus ... consacré au recouvrement amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales », *J.T.*, 2020/4, pp. 57-62.

¹⁰ Voy. *infra* les entrées *Compensation fiscale (maintien de l'affectation des sommes à restituer ou à payer au redevable nonobstant un concours ou une procédure d'insolvabilité)* – Hypothèque légale du fisc. Réorganisation judiciaire. Inscription pendant le sursis – Prémont professionnel et cotisations sociales – Privilèges du Trésor – Responsabilité des dirigeants. Non-paiement des dettes de précompte professionnel ou de TVA. Recevabilité de l'action après faillite? – Responsabilité des dirigeants. Plafonnement. Exclusion des dettes fiscales et sociales – Responsabilité des dirigeants. Réside dans le non-paiement des cotisations sociales – Solidarité des donneurs d'ordre et action directe pour dettes fiscales. Subsistance en cas de réorganisation judiciaire – Termes et délais (application aux créances fiscales).

¹¹ La dernière étude ample et approfondie de l'action directe est celle de Fl. George dans sa thèse de doctorat, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe d'égalité des créanciers*, Larcier, 2018, pp. 904-981, n^{os} 943-1034; voy. aussi P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, (coll. De Page), Bruylant, 2013, pp. 705-754, n^{os} 455-495; *Traité*, pp. 259-272, n^{os} 362-377.

¹² Comme celle de toute action, la recevabilité de l'action directe dépend de la mention du numéro d'entreprise sur l'exploit introductif. Par arrêt du 22 novembre 2018, la Cour constitutionnelle a jugé que l'art. III.26 CDE, selon lequel l'absence de mention du numéro d'entreprise sur un exploit d'huissier conduit à l'irrecevabilité de l'action, ne viole pas les art. 10 et 11 de la Constitution s'il est interprété de telle sorte que cette sanction de non-recevabilité s'applique également à une action introduite par requête contradictoire: C.C., 22 novembre 2018, n^o 160/2018, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/3, p. 321.

Il a été opiné que la question de savoir si une action analogue à l'initiative d'un tiers est ou non encore possible, lorsque la somme due par le maître de l'ouvrage est insuffisante pour désintéresser tous les bénéficiaires, ne se pose plus depuis l'arrêt de cassation du 21 décembre 2001¹³, dès lors que chaque sous-traitant ne peut agir qu'à raison des créances se rapportant à l'ouvrage confié à l'entrepreneur principal et sous-traité, et qu'ainsi aucune intersection d'assiettes ne peut plus se produire puisque chaque sous-traitant ne peut prétendre recouvrer autre chose que le prix des travaux qu'il a exécutés lui-même. mais le droit du sous-traitant n'est pas limité à la partie du prix de l'entreprise qui correspond au travail qu'il a lui-même effectué et celui-ci ne peut toujours être précisément défini.

Il ne paraît pas contesté que le principe de la répartition au marc le franc s'applique en tout cas en cas d'exercice simultané, et partant de concours. Lorsque les actions ne sont pas exercées simultanément, il faudrait, d'après les uns, et notamment d'après I. Verougstraete¹⁴, dont je partage l'opinion, s'en tenir au fait de l'indisponibilité de la créance de l'entrepreneur principal résultant de l'emprise consécutive au premier exercice de l'action, comme en cas de saisie ou de cession. Une autre doctrine professe de s'en tenir au principe de la répartition au marc le franc édicté par la loi du 22 août 2002 en matière d'assurance de responsabilité, dans laquelle elle voit l'expression d'un régime de droit commun applicable à toutes les actions directes¹⁵.

2. ADMINISTRATEURS OU GÉRANTS ET REPRÉSENTANTS PERMANENTS INDÉPENDANTS. QUALIFICATION *IPSO FACTO* COMME ENTREPRISE?

Dès l'entrée en vigueur du Livre XX, la question de savoir si les gérants et administrateurs de sociétés avaient bien la qualité d'entreprise lorsqu'ils n'avaient pas d'autre activité professionnelle que l'exercice de leur mandat a prêté à controverse.

La première doctrine, unanime, a répondu positivement à cette question dès lors que, s'agissant des personnes physiques, les seules conditions pour entrer dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité sont d'une part la qualité d'indépendant et d'autre part le caractère professionnel de l'activité¹⁶. Les cours d'appel de Bruxelles¹⁷ et de Liège¹⁸ et la cour du travail de Bruxelles ont partagé ce point de vue¹⁹. La cour d'appel de Mons, en revanche, a considéré

que ces mandataires ne méritaient la qualification comme entreprise qu'à la condition supplémentaire qu'ils disposent d'une organisation « structurée et stable »²⁰, alors que d'après l'exposé des motifs de la loi l'« extension de la notion générale d'entreprise [...] vise à comprendre toutes les formes d'organisation afin de leur permettre de bénéficier des possibilités de réorganisation et de les soumettre, le cas échéant, à une liquidation sous forme de faillite »²¹.

I. Verougstraete souligne pour sa part la nécessité d'une organisation « distincte » de celle de la société gérée ou administrée: « *Le seul fait d'être administrateur d'une personne morale ne paraît pas constituer nécessairement une activité conduisant à la qualification d'entreprise, ni même*

13. Cass., 21 décembre 2001, C.00.0180.F, *Pas.*, 2001/12, p. 2207 avec Concl. Av. gén. X. DE RIEMAECKER; *R.D.C.*, 2002/6, p. 443 et note W. DERIJCKE, « Etendue de la créance-cause et de la créance-objet de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil », pp. 446-44; *R.C.J.B.*, 2005/3, p. 415 et note M. GRÉGOIRE, « La double protection du sous-traitant de travaux immobiliers », *D.A.O.R.*, 2002/63, p. 263 et note P. WERY, « L'assiette de l'action directe du sous-traitant », pp. 264-266. *Adde* Comm. Mons, 28 avril 2011, *R.G.D.C.*, 2013/10, p. 529.

14. *Manuel*, p. 1045, n° 1458.

15. P. VAN OMMESELAGHE, *o.c.*, pp. 746-747, n° 487.

16. En ce sens, voy. Ph. MOINEAU et F. ERNOTTE, « Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite », *J.L.M.B.*, 2019/15, pp. 697-719; A. VAN HOE et N. APPERMONT, « Iedereen onderneming: wat met vennootschapsbestuurders? », *R.D.C.*, 2019/4, pp. 494-503; *Traité*, pp. 303-307, n°s 402-403; N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », in A. ZENNER (dir.), « Au Carrefour des réformes », *Rev. b. compt.*, n° spéc., septembre 2019, pp. 103-133; E. DEPRET, « La notion d'entreprise dans le Code de droit économique et en règlement collectif de dettes. La loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises et ses premières applications », *Pli juridique*, 2019/3, pp. 34-45; Ph. MOINEAU, « Le nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises: champ d'application et principes généraux », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, CUP, vol. 190, Anthemis, 2019, pp. 7-70. Comp. pour une approche plus réservée: C. ALTER, « Le gérant d'entreprise est-il une entreprise? », in X., *Comptabilité et fiscalité: actualités et perspectives. Liber Amicorum OECCBB*, Anthemis, 2019, pp. 179-188.

17. Bruxelles, 21 décembre 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019/1, p. 102 et note M. ROELANTS, « De kwalificatie van de natuurlijke persoon-bestuurder als onderneming na de Wet Hervorming Ondernemingsrecht », pp. 104-10; *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 676; *R.D.C.*, 2019/4, p. 575; *R.D.C.*, 2019/4, p. 575.

18. Liège, 2 avril 2019, *R.D.C.*, 2019/4, p. 578; Liège, 2 avril 2019, *inédit*, 2018/RG/1343.

19. C. trav. Bruxelles, 9 octobre 2018, *inédit*, R.G. 2018/BB/12; la cour a jugé que le mandat de Mme P. DP étant gratuit, il ne s'agissait pas d'une activité professionnelle.

20. Mons, 5 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 678; *R.D.C.*, 2019/4, p. 558; *R.D.C.*, 2019/4, p. 558. Pour une analyse critique détaillée de cet arrêt et du jugement dont appel, voy. N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », *o.c.*, pp. 109-112, n°s 7-8 et pp. 116-120, n°s 11-13. Cet arrêt a débouché sur une situation abusive en Hainaut: les juridictions du travail ayant adopté un point de vue contraire à celui des juridictions de l'entreprise de cette province, les mandataires sociaux professionnels ne peuvent, à l'heure où s'écrivent ces lignes, être admis ni à la réorganisation judiciaire ou à la faillite, ni au règlement collectif de dettes! Pendant l'été 2019, la chambre des vacations de la cour d'appel de Mons s'est efforcé d'atténuer les effets de cette situation (voy. *infra* l'entrée *Organisation (structurée et stable). Notion*).

21. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54 2407/001, p. 24; *Traité*, p. 294, n° 391.

celui d'être administrateur, rémunéré ou non, de plusieurs personnes morales. Ce serait à plus d'un titre étrange de qualifier sans discernement les administrateurs ou gérants comme des entreprises alors qu'ils en sont les organes [...] Cette assimilation heurte le concept de base de la définition de l'entreprise: la notion d'organisation », est-il écrit dans le Manuel²².

Saisie de l'appel d'un jugement déclarant irrecevable la tierce-opposition d'un jugement ayant conclu au non-fondement d'un aveu de faillite, et ce au motif que l'aveu rendrait le débiteur partie à la cause de sorte que seul le recours de l'appel lui serait ouvert, et statuant en sens contraire, la cour d'appel d'Anvers, soulevant d'office le moyen, a jugé que l'exercice de la fonction de gérant d'une société en nom collectif ne justifie pas à elle seule la qualité d'entrepreneur²³ et a ordonné la réouverture des débats pour être plus amplement éclairée sur la situation²⁴. Elle n'a pas pour autant subordonné cette qualité à l'existence d'une *organisation*: son souci était de vérifier que l'exercice du mandat se faisait bien à titre professionnel. Dans son arrêt du 22 juin 2018 la Cour de cassation, statuant sur la base des articles 202 et 205 du Code des sociétés, avait décidé que tous les associés d'une société en nom collectif doivent être qualifiés d'entreprises²⁵.

Dans un autre arrêt du 28 novembre 2019, la même Cour a mis à néant un jugement du tribunal de l'entreprise d'Anvers, division Turnhout, du 6 novembre 2019 qui avait déclaré irrecevable l'aveu du gérant d'une SPRL faillie au motif qu'il n'exerçait pas d'activité autre que celle de son mandat social; la Cour a déclaré la faillite du gérant en constatant que dès lors que « ce mandat n'était pas purement passif ni lié à quelque autre qualité, comme un mandat politique » mais qu'il était exercé par un indépendant inté-

ressé financièrement, celui-ci revêtait bien la qualité d'entrepreneur²⁶.

D'autres juridictions s'en sont tenues à la seule condition de la qualité d'indépendant exerçant une activité à titre professionnel²⁷.

La notion d'*organisation distincte* ou d'*organisation structurée et stable* prête au surplus elle-même à interrogation (voy. *infra*, l'entrée *Organisation (structurée et stable). Notion*) et amène à se demander si, à admettre cette condition, la plupart des praticiens de professions libérales et de nombreux autres indépendants n'échapperaient pas au champ d'application du droit de l'insolvabilité (voy. *infra*, l'entrée *Professions libérales (application du droit de l'insolvabilité aux -)*).

Ces réticences s'expliquent manifestement par la crainte qu'en faisant rentrer dans le champ d'application du Livre XX tous les dirigeants d'entreprise, le risque existe de créer un sentiment d'impunité économique et de fragiliser le crédit aux entreprises, dès lors que la caution du dirigeant deviendrait sans valeur s'il pouvait être déclaré en faillite²⁸. N'est-ce pas en pointillé la trace d'une réserve à l'égard de la *seconde chance*, quelle que fût la bonne foi du débiteur? La faillite-sanction paraît encore avoir ses adeptes! Qu'est-ce qui justifierait par ailleurs au regard du bénéfice de cette *seconde chance* la différenciation entre débiteurs selon qu'ils possèdent ou non une organisation « structurée et stable » ou « distincte ». Serait-elle réservée aux opérateurs qui ont les moyens de se doter de pareille organisation? Voilà une question intéressante pour la Cour constitutionnelle. Mais il est vrai que celle-ci pourrait aussi être amenée à se pencher sur le sort différent fait à la personne selon qu'elle ressortit au règlement collectif de dettes plutôt qu'à la faillite.

²². Manuel, pp. 45-48, n^{os} 29-30.

²³. « *Het ondernemerzijn vloeit immers niet als een automatisme voort uit de vaststelling van het zaakvoerderschap. Appellant moet bewijzen dat hij een natuurlijke persoon was die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefende. Of zijn optreden als zaakvoerder binnen VOF [X] beantwoordt aan het zelfstandig uitoefenen van een beroepsactiviteit is niet geweten bij gebrek aan voldoende elementen die in die zin wijzen. Een activiteit als beroep uitoefenen vergt een zekere regelmaat, teneinde daaruit bestaansmiddelen te verwerven. Geen beslissing van de algemene vergadering van de VOF houdende bezoldiging van appellant ligt voor. Appellant had geen ondernemingsnummer. Het overzicht van zijn schuldeisers (...) wijst niet in de richting van beroepsschulden.* »

²⁴. Anvers, 11 avril 2019, *R.A.G.B.*, 2019/10, p. 826.

²⁵. Cass., 22 juin 2018, C.17.0587.F, *R.A.G.B.*, 2019/10, p. 821.

²⁶. Anvers, 28 novembre 2019, inédit, *R.G.* 2019/EV/28.

²⁷. Kh. Brussel (Nl.), 16 octobre 2018, *R.A.G.B.*, 2019/10, p. 845; Orb. Brussel (Nl.), 16 octobre 2018, *R.A.G.B.*, 2019/10, p. 848; Trib. arr. Anvers, 12 mars 2019, *R.A.G.B.*, 2019/10, p. 860 et note B. BULLYNCK, « Is de vaste vertegenwoordiger in de zin van artikel 61, § 2 W. Venn/art. 2:55 WVV een ondernemer? », p. 862; *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/8, p. 870 et note N. APPERMONT, « Is de vaste vertegenwoordiger een onderneming? », pp. 871-877; C. trav. Liège (div. Neufchâteau), 3 avril 2019, inédit, *R.G.* 18/45/B; C. trav. Bruxelles, 6 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019/36, p. 1691; Trib. trav., 16 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019/36, p. 1726; Entr. Liège (div. Liège), 30 juillet 2019, *J.L.M.B.*, 2020/5, p. 206 et note P. MOINEAU, « Faillite des gérants et administrateurs de personnes morales: *fugit irreparabile tempus* », pp. 210-221.

²⁸. En ce sens, voy. C. ALTER, o.c., n^o 6, p. 186: « *En faisant entrer dans le champ d'application du Livre XX tous les dirigeants d'entreprise, le risque existe de créer un sentiment d'impunité économique et de fragiliser le crédit aux entreprises. Que vaut en effet encore la caution du dirigeant si sa faillite personnelle peut être prononcée à la suite de celle de son entreprise? On objectera probablement que ce même dirigeant pouvait déjà auparavant rechercher la protection du règlement collectif de dettes. Certes, mais force est de constater que la faillite est infiniment plus simple dans sa mise en œuvre, et plus radicale dans ses effets. Si la jurisprudence majoritaire évoquée ci-dessus devait se confirmer, n'est-il pas à craindre que les banques soient plus strictes dans leurs décisions d'octroi et plus sévères dans les modalités des crédits? La victoire en ce cas, si tant est que l'on puisse utiliser cette image, ne serait que de courte durée pour les dirigeants d'entreprise.* ». Le tribunal de l'entreprise du Hainaut (div. Charleroi) a fait siennes ces considérations dans un jugement inédit du 16 décembre 2019 (*R.G.* O/19/00196).

Le représentant permanent peut-il être qualifié d'entreprise? Oui, à mon estime, dès lors qu'il s'agit d'un indépendant exerçant une activité professionnelle. Appelé à statuer sur le cas de deux représentants qui s'étaient constitués caution de la société faillie et qui n'étaient pas inscrits à la BCE, le tribunal de l'entreprise et le tribunal d'arrondissement d'Anvers ont considéré que cette fonction ne suffisait pas à elle seule, dès lors qu'elle pouvait être exercée par un travailleur; le premier a reconnu la qualité d'entreprise à un représentant rémunéré; le second l'a reconnue à un autre représentant parce que celui-ci contestait avoir la qualité de travailleur et en tenant compte de l'existence de la caution, considérant que l'octroi d'un cautionnement par un représentant permanent ne correspond pas au comportement d'un travailleur²⁹.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que celui qui n'exerce plus d'activité économique en tant que personne physique ne peut être déclaré en faillite que si la cessation de ses paiements remonte à une époque où il exerçait encore cette activité et que la date de cette cessation ne peut en principe être fixée à plus de 6 mois avant le jugement déclaratif de faillite (art. XX.99, al. 2 et XX.105, al. 6, CDE), de sorte qu'il n'est pas possible de déclarer la faillite d'une personne physique plus de 6 mois après l'arrêt de ses activités et la perte concomitante de sa qualité d'entreprise. L'aveu du gérant d'une société déclarée en faillite depuis plus de 6 mois et n'ayant pas d'autre activité professionnelle est donc irrecevable³⁰.

S'agissant des administrateurs, on signalera incidemment l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2020, d'une version actualisée du Code de *corporate governance*³¹.

3. APPEL DU JUGEMENT STATUANT SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION DE TRANSFERT

L'appel du jugement statuant sur la demande d'autorisation de vente du mandataire chargé du transfert est visé à l'article XX.90 CDE, sans que n'en soient précisées toutes les modalités. Cet article se borne à prescrire la publication du jugement qui autorise la vente de tout ou partie des actifs en vue d'un transfert d'entreprise (al. 1^{er}) et, sans transition, l'examen de l'affaire « en urgence » (al. 2). Il ne prohibe pas l'opposition et ne fixe pas les délais et les modalités de l'appel, comme le font les articles XX.47 CDE (pour ce qui concerne le jugement statuant sur la demande d'ouverture de la procédure) et XX.81 CDE (pour ce qui concerne le jugement statuant sur la demande d'homologation du plan de

réorganisation). Il en a été déduit que les voies de recours et les délais inhérents à celles-ci sont ceux du droit commun³².

L'analyse de l'article montre cependant qu'il est de rédaction incomplète. Le service juridique de la Chambre n'a pas manqué de signaler l'omission lors de l'examen de l'article en Commission de droit commercial et économique et de proposer de la corriger en le complétant, mais il s'est vu rétorquer par le ministre de la Justice qu'il ne souscrivait pas à cette observation, ce qui est évidemment inconciliable avec les dispositions précitées analogues et avec l'impératif d'urgence correspondant! Les voies et modalités de recours sont donc à mon estime celles de l'article XX.81 CDE, qui doit être appliqué par analogie³³.

4. AVEU DE FAILLITE. FAILLI PARTIE AU PROCÈS?

L'aveu de faillite ne constitue pas une demande à être déclaré en faillite, mais tout simplement l'exécution d'une obligation d'information du tribunal³⁴. Encore que la question ait fait l'objet de décisions en sens contraire, le débiteur

qui y procède ne devient pas pour autant partie au litige³⁵. La cour d'appel d'Anvers a statué en ce sens dans ses arrêts précités du 11 avril 2019 et du 28 novembre 2019³⁶.

²⁹. Trib. arr. Anvers, 12 mars 2019, précité, et notes B. BULLYNCK et N. APPERMONT.

³⁰. Entr. Liège (div. Liège), 30 juillet 2019, précité, et note P. MOINEAU.

³¹. C. VAN DER ELST, « The 2020 Belgian Code on Corporate Governance and the external auditor », *Tax, Audit & Accountancy*, 2019/4 (n° 65), pp. 56-68.

³². G. DE SAUVAGE et M. BROUHNS, « Le transfert d'entreprise sous le régime du Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 394-395, n° 101; C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire*, Larcier, 2019, pp. 422-423, n° 363; I. VEROUGSTRAETE ET AL., *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, p. 654, n° 800.

³³. *Traité*, pp. 818-820, nos 1105-1107.

³⁴. Sur la régularité de cette obligation, voy. Cass., 27 juin 2018, P.17.1160.F., *R.W.*, 2019/20, p. 229: « En soi, la circonstance qu'une personne qui y est tenue en vertu des articles 489 et 489bis, 4°, du Code pénal, tel un dirigeant de fait, fasse aveu de faillite lorsque les conditions de cet état sont réunies n'est pas de nature à la contraindre à témoigner contre elle-même ou à s'avouer coupable d'une infraction liée à cet état de faillite (art. 9 loi sur les faillites 1997, art. 6, 2., C.E.D.H.) ».

³⁵. *Traité*, pp. 882-883, n° 1202.

³⁶. Anvers, 11 avril 2019, *R.A.B.G.*, 2019/10, p. 826; Anvers, 28 novembre 2019, *inédit*, *R.G.* 2019/EV/28.

5. BIENS ÉCHÉANT AU FAILLI D'UNE CAUSE POSTÉRIEURE AU JUGEMENT DÉCLARATIF. NOTION DE CAUSE

Les biens, montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite sont exclus de l'actif de la masse; le failli conserve toute liberté d'administration et de disposition de ces biens (art. XX.110, § 3, al. 2 et 4, CDE).

« On peut toutefois légitimement s'interroger sur la notion de cause employée par le législateur? Le critère renvoie-t-il, en matière de créances par exemple, à la naissance ou à l'exigibilité de celles-ci? », se demande à juste titre Florence George³⁷.

D'un point de vue purement juridique, la référence à la cause désignerait clairement les créances qui naissent après la déclaration de la faillite, par exemple d'une nouvelle activité ou d'une donation ou succession; en revanche, une créance qui trouverait sa source dans une cause antérieure au jugement déclaratif de faillite mais qui deviendrait exigible après celui-ci entrerait dans la masse³⁸.

Compte tenu de l'objectif de la disposition, le critère de l'exigibilité pourrait cependant paraître plus approprié dans

certaines circonstances. Songeons aux loyers d'un immeuble appartenant en propre au conjoint du failli et donné à bail antérieurement au jugement déclaratif, qui, dans le régime légal, tombent dans le patrimoine commun et, par conséquent, dans la masse active de la faillite: dira-t-on que la conclusion du bail étant antérieure à la faillite, tous les loyers tomberont dans la masse, ou considérera-t-on que, dans la mesure où ils portent sur la période postérieure à son ouverture, ils échappent au dessaisissement? Ou encore à un billet de loterie *Win for life* acheté et gagnant antérieurement au jugement déclaratif: le failli sera-t-il privé de la rente payée au fil du temps³⁹?

A peine de méconnaître le vœu du législateur, la notion de cause doit en l'occurrence s'entendre de la contreprestation, a jugé le tribunal de l'entreprise de Gand, statuant dans une espèce où le curateur et le failli se disputaient les rémunérations revenant à ce dernier après le jugement déclaratif sur la base d'un contrat d'emploi antérieur; il en serait de même, ajoute-t-il, de l'allocation payée pour cause d'incapacité de travail ou de salaire garanti: c'est au failli qu'elle revient⁴⁰.

6. BIENS ÉCHÉANT AU FAILLI D'UNE CAUSE POSTÉRIEURE AU JUGEMENT DÉCLARATIF. DROITS DES CRÉANCIERS?

Une autre question porte sur les droits individuels des créanciers du failli sur les biens ainsi recueillis par celui-ci et qui échappent à l'emprise du curateur.

Sous le régime antérieur, il était admis par principe que, sauf excusabilité, le failli restait tenu au paiement de ses dettes à ses créanciers à l'aide du produit des biens échappant au dessaisissement: l'exclusion de sommes du périmètre du dessaisissement n'impliquait pas que le failli ne doive pas utiliser ces sommes pour payer ses dettes, était-il opiné⁴¹.

Tout en ayant promu une *seconde chance* pour le failli en lui réservant les biens, sommes et paiements qu'il recueille en vertu d'une cause postérieure au jugement déclaratif, le Livre XX du Code de droit économique ne comporte aucune disposition excluant ces biens, sommes et paiements du droit de poursuite des créanciers ou suspendant leurs voies d'exécution contre le failli dans l'attente du jugement sur l'effacement, comme le sont celles contre les sûretés personnelles dès le dépôt de la requête tendant à leur décharge (art. XX.176, al. 4, CDE). Dans le silence de la loi et en con-

37. Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Larcier, 2018, p. 187, n° 39.

38. N. OUCHINSKY, « Les innovations du Livre XX du Code de droit économique en matière de faillite. Questions choisies », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 544, n° 26.

39. *Traité*, pp. 1037-1039, nos 1446-1448.

40. Entr. Gand (div. Gand), 14 mai 2019, inédit, R.G. N/18/00018 et N/18/0019: « Het is duidelijk de wil van de wetgever dat de inkomsten die gegeneerd worden na de faling buiten de faillissementsboedel vallen. De verwijzing naar het begrip oorzaak moet in dit kader dan ook gelezen worden als de tegenprestatie, namelijk de concrete geleverde arbeid na faling, in het kader van de arbeidsovereenkomst. Er anders over oordelen zou indruisen tegen de duidelijke wil van de wetgever.

De oorzaak van het verkrijgen van de goederen, de bedragen, sommen en uitkeringen valt niet samen met het ontstaan van de rechtsverhouding. Het feit dat de rechtsverhouding waaruit de aanspraak op een erfenis kan volgen, ontstaat bij de geboorte, neemt niet weg dat de oorzaak gesitueerd wordt bij het openvallen van de nalatenschap.

Ook de verwijzing van de curator naar het begrip 'oorzaak' in het verbintenissenrecht kan niet overtuigen. Daar heeft het begrip oorzaak een functie in het tot stand komen van de overeenkomst, niet in het ontstaan van het concrete recht op de goederen, de bedragen, sommen en uitkeringen in uitvoering van de overeenkomst.

De oorzaak van de vordering ontstaat na de faling als het rechtsfeit, de rechtshandeling (overeenkomst of eenzijdige handeling) of de toestand die rechtstreeks aan de vordering ten grondslag ligt, zich na de faling situeert.

Het is de geleverde arbeid na de faling die rechtstreeks aan de vordering tot betrokken loon ten grondslag ligt. Zo ook zal de werkonbekwaamheid voor een periode na de faling rechtstreeks aan de vordering tot een uitkering en/of gewaarborgd loon ten grondslag liggen. »

41. G.-A. DAL, « L'excusabilité du failli », in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruylant, 1997, p. 170, note infrapaginale n° 18.

sidération de ce que les atteintes aux droits des créanciers sont d'interprétation restrictive, je ne vois pas ce qui priverait les créanciers de leur droit de poursuite sur le produit desdites indemnités, sur le résultat net d'activités nouvelles,

sur les donations ou successions échues au failli, sur des lots gagnés par celui-ci ou sur des sommes ou montants analogues. A entendre certains confrères spécialisés, cette solution ne paraît cependant pas faire l'unanimité.

7. BONI DE LIQUIDATION (ATTRIBUTION DU -)

L'article XX.170, dernier alinéa, CDE dispose que lorsque le compte définitif présente un solde positif, celui-ci revient de droit au failli ou, s'il s'agit d'une personne morale, aux actionnaires. Cette disposition, nouvelle en ce qui concerne la mention des actionnaires, n'a fait l'objet d'aucun commentaire à l'exposé des motifs du projet de réforme du droit de l'insolvabilité qui a débouché sur la loi du 11 août 2017. Elle amène évidemment à se demander ce qu'est un solde positif, et laisse ainsi ouverte la question controversée de savoir s'il appartient aux curateurs, lorsque l'actif permet de payer intégralement toutes les créances en principal (ce qui est exceptionnel, il est vrai, mais arrive), d'affecter l'excédent au paiement aux créanciers des intérêts leur revenant, en totalité ou au marc le franc, ou de le remettre au failli⁴².

Deux opinions circulaient à ce sujet sous le régime antérieur et prêtaient toujours à controverse⁴³. Dans son arrêt du 13 octobre 2011, la Cour de cassation a décidé que les dispositions légales applicables de la loi du 8 août 1997 sur les

faillites, dont la teneur figure aujourd'hui aux articles XX.118, XX.170, XX.171 et XX.172 CDE, n'excluent pas que, lorsque le failli est une personne morale, le curateur puisse, sous contrôle du tribunal et donc avant la clôture, satisfaire les intérêts des créances restées en dehors de la liquidation de la faillite au moyen du reliquat d'actif⁴⁴. Pour d'autres, cette solution s'expliquerait par la dissolution de la personne morale suite à la clôture de la faillite. Le paiement des intérêts par le curateur ne serait donc pas possible lorsque le failli est une personne physique: faute de paiement des intérêts par ses soins, il incomberait dès lors aux intéressés d'entreprendre les poursuites utiles en espérant que le reliquat ne soit pas dissipé entretemps. On peut se demander si ce sort distinct est compatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination. Pour d'autres, dont je suis, la solution peut, sans préjudice des effets de l'effacement, être étendue au failli-personne physique, la règle de la suspension du cours des intérêts ne se justifiant que tant que les créances admises au passif demeurent impayées^{45,46}.

8. COMPENSATION FISCALE (MAINTIEN DE L'AFFECTATION DES SOMMES À RESTITUER OU À PAYER AU REDEVABLE NONOBTANT UN CONCOURS OU UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ)

L'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004, tel que modifié par l'article 156 de la loi-programme du 25 décembre 2017, permet au SPF Finances et à l'ONSS d'obtenir le règlement de leurs créances par compensation avec les sommes qu'ils sont tenus de restituer ou de payer à leurs débiteurs et par action directe contre tout autre service public fédéral ou organisme d'Etat pour toutes sommes dues par ces services ou organismes, et ce malgré l'existence d'une saisie, d'une cession, d'un concours ou de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. L'application des dispositions de cet article (dans leur version antérieure à celle de

l'art. 156 précité) en cas de situation de concours ou de procédure d'insolvabilité a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation en sens divers.

Le caractère exorbitant et disproportionné du système actuel apparaît clairement de sa synthèse: l'article 334 s'applique à toute dette du SPF Finances, de l'ONSS ou de tout service public fédéral ou organisme d'Etat, quelle que soit sa nature; il peut y être recouru indépendamment de l'existence ou non d'un concours ou d'une procédure d'insolvabilité; aucun

⁴². *Traité*, pp. 1321-1323, n° 1918.

⁴³. *Traité*, pp. 1040-1041, n° 1452.

⁴⁴. Cass., 13 octobre 2011, C.10.0570.N, *Pas.*, 2011/10, p. 2229; *Arr. Cass.*, 2011/10, p. 2085 avec Concl. Av. gén. G. DUBRULLE; *R.D.C.*, 2012/5, p. 450 et note J. EMBRECHTS, « De aanwending van het batig saldo van het faillissement ter betaling van interesten », pp. 451-452; *Rev. prat. soc.*, 2011/3, p. 422 avec mêmes Concl. et note V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », pp. 426-443; *R.W.*, 2012-2013/18, p. 698 et note D. DEFORCHE, « Verhaalbaarheid van interesten op batig saldo na faillissement van vennootschap », pp. 699-702.

⁴⁵. V. SIMONART, « Le sort des intérêts lors de la clôture de la faillite », *o.c.*, 2011/3, pp. 426-443.

⁴⁶. S'agissant de la clôture de la faillite, il s'observe incidemment que par arrêt du 10 mai 2019, la Cour de cassation a jugé que le principe que l'actionnaire n'est pas en droit de réclamer réparation d'un dommage causé au patrimoine de la société, retenu dans son arrêt du 23 février 2012, s'applique même après clôture, et ce nonobstant l'inaction du curateur: Cass., 23 février 2012, C.11.0459.N, *Pas.*, 2012/2, p. 431; *Arr. Cass.*, 2012/2, p. 459; *R.D.C.*, 2013/9, p. 875 et note J. WILLERMAIN, « L'absence de préjudice réparable des actionnaires en cas d'atteinte au patrimoine social », pp. 876-880; *R.W.*, 2011-2012/37, p. 1658 et note F. PARREIN, pp. 1658-1659; *T.R.V.*, 2012/4, p. 319 et note J. VANANROYE; Cass., 10 mai 2019, C.17.0397.N, *R.D.C.*, 2019/10, p. 1271 et note R. VERHEYDEN, « De remediëring van afgeleide schade na de sluiting van het faillissement », pp. 1272-1275.

lien de connexité n'est requis entre la dette publique et celle de la personne visée; les dettes compensées peuvent être nées après comme avant le concours; le fonctionnaire compétent choisit librement la dette ou la partie de la dette de la personne visée par compensation de laquelle il souhaite régler la créance publique, pour autant qu'elle ne soit pas

contestée; aucune formalité n'est à respecter. On peut dès lors s'interroger sur la proportionnalité de ces mesures⁴⁷.

* * *

Comptes courants d'associés: voy. l'entrée *Distributions*. *Notion. Tests de liquidité et de solvabilité. Comptes courants d'associés.*

9. CONFLITS D'INTÉRÊTS DES ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉ. NOTION. DROIT D'ACTION DES TIERS. DETTE DE OU DANS LA MASSE?

La réglementation des conflits d'intérêts des administrateurs de société prête à plusieurs controverses. Deux anciennes controverses portent sur la notion même et sur le caractère substantiel ou non des formalités⁴⁸. Les modifications apportées par le nouveau Code des sociétés et des associations prêtent à une nouvelle controverse⁴⁹.

Sous le régime du Code des sociétés, seule la société intéressée (ou son curateur, en son nom), était recevable à agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en méconnaissance des formalités légalement imposées en cas de conflits d'intérêts. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, la nullité peut toujours être poursuivie par la société mais aussi par la personne qui a intérêt au respect de la règle de droit méconnue, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette

violation, mais ne peut l'être que par elles (art. 5:77, § 2, 6:65, § 2 et 7:96, § 2, CSA, renvoyant aux art. 2:44 et 2:46). La notion de *personne qui a intérêt au respect de la règle de droit méconnue* prête à une nouvelle ambiguïté⁵⁰.

Enfin la question de savoir si, en cas d'annulation à la requête du curateur de faillite de la société, l'obligation de remise *en pristin état* de la curatelle, qui constitue une charge liée à l'exercice de l'action en nullité, constitue une dette de ou dans la masse, est elle aussi débattue. Je pense pour ma part qu'il s'agit d'une dette de la masse, celle-ci ne pouvant s'enrichir à cette occasion⁵¹. A l'appui de cette solution peut être cité l'arrêt de cassation du 31 mai 2019 selon lequel la restitution consécutive à l'annulation d'une convention ne peut conduire à un enrichissement des parties⁵².

10. CONFLITS D'INTÉRÊTS DES CURATEURS

Aux termes de l'article XX.126, § 3, CDE, le curateur signale toute forme de conflit d'intérêts ou d'apparence de partialité au président du tribunal, qui juge si la déclaration du curateur empêche celui-ci d'accomplir sa mission. Cette décision prend la forme d'une ordonnance. Celle-ci est-elle susceptible de recours? La réponse à cette question dépend de la nature attribuée à cette ordonnance: s'agit-il ou non d'une décision par laquelle « *un praticien de l'insolvabilité est nommé ou remplacé* »? Je ne le pense pas, dès lors qu'il est admis que c'est au tribunal, et non au président, de procéder au remplacement, et je considère que l'ordonnance est donc passible des recours de droit commun; les auteurs du *Manuel* opinent en sens contraire⁵³.

On relèvera que l'article XX.20, § 6, CDE autorise les tiers à demander le remplacement des curateurs et, dès lors que la disposition ne fait pas obstacle à un remplacement temporaire, à demander la désignation d'un curateur *ad hoc*⁵⁴.

L'article XX.127, alinéa 2, CDE, qui habilite le tribunal à désigner d'office un curateur *ad hoc*, dispose que « la procédure prévue à l'article XX.126 s'applique par analogie ». Le dernier alinéa de celui-ci prévoit que « le tribunal peut remplacer le curateur selon les formes prévues à l'article XX.20 ou, le cas échéant, à l'article XX.127 »: ce dernier article, qui ne prévoit autre chose qu'un rapport du juge-commissaire, pourra être appliqué en cas d'accord du curateur; dans l'alternative devra l'être l'article XX.20, § 6, CDE, relatif au remplacement du curateur.

⁴⁷. *Traité*, pp. 187-188, n° 262 et pp. 201-203, n° 287.

⁴⁸. Sur ces conflits d'intérêts, voy. C. ALTER et L. BERMOND, « Les conflits d'intérêts des administrateurs de société dans le régime actuel et les innovations envisagées », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 693-724.

⁴⁹. *Traité*, pp. 1577-1582, n°s 2319-2328.

⁵⁰. X. DIEUX et P. DE WOLF, « Le nouveau Code des sociétés (et des associations): *capita selecta* », *J.T.*, 2019/25, pp. 501-527, spéc. pp. 510-511, n°s 58-60.

⁵¹. *Traité*, pp. 1582-1583, n° 2327.

⁵². Cass., 31 mai 2019, C.18.0506.N, *R.W.*, 2019-2020/26, p. 1032.

⁵³. *Traité*, pp. 960-961, n° 1334; *Manuel*, pp. 727-729, n° 888.

⁵⁴. *Traité*, pp. 402-404, n°s 521-522; *Manuel*, pp. 206-208, n°s 186-208.

* * *

Cotisations sociales: voy. *infra* les entrées *Précompte professionnel et cotisations sociales. Sort en cas d'échec d'une*

réorganisation judiciaire – Responsabilité des dirigeants. Récidive dans le non-paiement des cotisations sociales.

11. CONTRATS EN COURS ET RÉORGANISATION JUDICIAIRE. REMÉDIATION

Aux termes de l'article XX.56, § 1^{er}, alinéa 2, CDE, le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement dans un délai de 15 jours après qu'il ait été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire après l'octroi du sursis. Pour qu'il ne soit pas mis fin au contrat, le débiteur en réorganisation doit, dans le délai de quinzaine, mettre fin à son manquement *en s'exécutant*. Ces derniers termes ont été ajoutés à l'article 35, § 1^{er}, alinéa 2, LCE, par l'article 19, a), de la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises.

Antérieurement à cet ajout, l'interprétation de cette notion avait fait l'objet d'opinions contraires. L'exécution devait-

elle être intégrale ou pouvait-on considérer, compte tenu de la contradiction entre les dispositions déposées actuellement aux articles XX.56 et XX.57 CDE, que le débiteur met fin à son manquement en s'engageant à inclure la créance dans son plan de réorganisation et à l'honorer conformément à ce plan⁵⁵? A lire le *Manuel*, la controverse n'est pas tranchée: ses auteurs invitent « *la jurisprudence, le cas échéant, la plus élevée, [à] trancher cette contradiction* » et l'invitent à le faire « *à la lumière des objectifs de la procédure de réorganisation judiciaire instituée par le législateur belge à la lumière des exigences européennes* », ce qui irait dans le sens d'une lecture non littérale de l'article XX.56, contraire, à mon estime, à la volonté du législateur, quel que soit le non-sens qui en découle⁵⁶.

12. CONTRATS EN COURS. OPTION(S) DU CURATEUR

L'article XX.139, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, CDE permet aux curateurs de décider s'ils poursuivent les contrats en cours au moment de la faillite lorsque la déclaration de celle-ci n'y met pas fin, ou s'ils les résilient unilatéralement lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement.

A première lecture, le choix ouvert par ce texte aux curateurs est une alternative à deux termes: soit poursuivre, soit résilier. A prendre le texte au pied de la lettre, les curateurs sont donc tenus de poursuivre l'exécution de tous les contrats en cours à chaque fois que l'administration de la masse ne requiert pas nécessairement leur résiliation.

Une autre lecture de cet article, plus compatible avec les intérêts de la masse, est cependant possible, en ce sens qu'il ouvrirait une double alternative. D'une part, les curateurs pourraient décider librement s'ils poursuivent ou non les contrats en cours: ils pourraient s'abstenir de les exécuter à chaque fois que leur poursuite ne leur paraîtrait pas être dans l'intérêt la masse. D'autre part, les curateurs pourraient, dans les *cas extrêmes* de nécessité pour la liquidation, faire usage du droit de résiliation *sui generis*. Dans la première hypothèse, le cocontractant, sans pouvoir exiger du curateur d'exécuter les obligations contractuelles du failli, pourrait néanmoins continuer à exercer les droits que lui confèrent

ces contrats. Dans la seconde hypothèse, le cocontractant serait privé du bénéfice des stipulations contractuelles ou des dispositions légales applicables en la matière⁵⁷.

L'interprétation selon laquelle les curateurs n'ont d'autre choix que de poursuivre l'exécution des contrats ou les résilier les confronte à une lourde responsabilité: en optant pour la poursuite, ils prennent le risque d'obérer lourdement la masse; en optant pour la résiliation, ils prennent le risque de se voir désavouer par les tribunaux sur le point de savoir si celle-ci était nécessaire pour l'administration de la masse et d'entraîner la déduction de dommages et intérêts à charge de la masse! La seconde lecture me paraît dès lors préférable⁵⁸. Il en est d'autant plus ainsi que la jurisprudence n'offre toujours aucun exemple d'une situation dans laquelle la poursuite d'un contrat en cours aurait été jugée nécessairement requise par les besoins de l'administration de la masse.

L'interprétation en faveur d'une double alternative trouve au reste appui dans la version néerlandaise de l'article, qui habilite les curateurs à décider « *of zij de overeenkomsten (...) al dan niet verder uitvoeren, dan wel of zij de overeenkomsten eenzijdig beëindigen* », là où la version française les habilite à décider « *s'ils poursuivent les contrats (...), ou s'ils les résilient unilatéralement* » (plutôt que « *s'ils poursuivent ou non* »).

⁵⁵. *Traité*, pp. 677-679, n^{os} 899-900.

⁵⁶. *Manuel*, pp. 482-484, n^{os} 522-523, spéc. n^o 523 *in fine*.

⁵⁷. *Traité*, pp. 1124-1125, n^o 1589; comp. *Manuel*, pp. 869-870, n^{os} 1141-1143 et pp. 935-936, n^{os} 1245-1246.

⁵⁸. En ce sens, voy., sans que n'y soit toutefois évoquée la nuance entre les deux versions de l'article, F. DE LEO, « *Lopende overeenkomsten bij faillissement: niet uitvoeren is niet hetzelfde als beëindigen* », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020/1, pp. 114-119.

13. CONTRATS EN COURS. RÉSILIATION *SUI GENERIS* PAR LES CURATEURS. INDEMNISATION. DETTE DE OU DANS LA MASSE?

Les arrêts de cassation relatifs à l'option du curateur n'ont pas manqué de préciser que la décision de la Cour de permettre la résiliation *sui generis* dans certaines conditions était prise « *sans préjudice des droits découlant alors, pour le cocontractant de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat* »⁵⁹. L'article XX.139, alinéa 2, CDE dispose certes que si les curateurs n'ont pris aucune décision expresse de poursuite ou de résiliation du contrat dans le délai légal, le contrat est résilié et la créance de dommages et intérêts éventuellement due du fait de la résiliation entre *dans* la masse,

ce qui paraît raisonnable lorsque le cocontractant n'est pas privé de ses droits, mais elle ne vise pas l'hypothèse contraire de décision de résiliation *sui generis*. Dans le silence du texte légal, la nature de la créance d'indemnisation du dommage subi du fait de l'inexécution du contrat – *dans* la masse ou *de* la masse – divise ici encore la doctrine, entre partisans de la qualification comme dette de la masse⁶⁰, qui sont majoritaires et dont je partage l'opinion, et partisans de la qualification comme dette dans la masse⁶¹.

14. CRÉANCIERS AFFECTÉS PAR LE PLAN DE RÉORGANISATION (NOTION)

Seuls les créanciers sursitaires dont le plan affecte les droits peuvent prendre part au vote, qu'ils soient créanciers sursitaires ordinaires ou créanciers sursitaires extraordinaires.

Quand les droits d'un créancier sont-ils affectés? Diverses juridictions ont décidé que l'impact du plan sur les droits d'un créancier sursitaire doit être suffisamment significatif pour qu'il puisse participer au vote et la doctrine fait état de ce qu'après s'être montrés plutôt tolérants dans la pratique, les tribunaux affichent aujourd'hui une sévérité accrue en ce sens. En revanche la cour d'appel de Bruxelles, constatant que la loi n'opère pas de jugement de valeur concernant l'affectation des droits des créanciers et ne précise pas dans quelle mesure ces droits doivent être affectés, en déduit que

toute affectation, « *si minime soit-elle* », permet au créancier affecté de prendre part au vote, tout en tempérant son propos en considérant qu'une affectation artificielle serait discriminatoire; dans le silence de la loi, je partage cette opinion⁶². « *Une affectation trop légère et artificielle d'un créancier ne suffira pas pour qu'il puisse voter* », est-il au contraire opiné au *Manuel*⁶³.

* * *

Créances spécifiquement gagées (notion): voy. *infra* l'entrée *Sursis provisoire. Effets. Gage spécifique. Expulsion*.

15. CRÉANCES SURSITAIRES EXTRAORDINAIRES. INCLUSION DES CRÉANCES GARANTIES PAR UN PRIVILÈGE SPÉCIAL? HAUTEUR DU CARACTÈRE EXTRAORDINAIRE

Parmi les créances sursitaires, la loi distingue les *créances sursitaires extraordinaires*, à savoir « les créances sursitaires garanties, au moment de l'ouverture de la réorganisation

judiciaire, par une sûreté réelle et les créances des créanciers-propriétaires » et les *créances sursitaires ordinaires*, c'est-à-dire toutes les autres.

⁵⁹. *Traité*, pp. 1127-1128, n° 1592.

⁶⁰. C. ALTER, « Faillites et contrats en cours: état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *J.T.*, 2008/26, p. 471, n° 10, faisant référence aux considérations de Chr. BIQUET-MATHIEU, *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, p. 168; A. DE WILDE, o.c., *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216, n° 225 (« *In principe doet de beslissing van de curator om de overeenkomst niet uit te voeren een faillissementsschuld ontstaan (art. 46, tweede lid Faill.W.). Aangezien de beslissing tot beëindiging wordt genomen in het kader van het beheer van de boedel, kan ervoor worden gepleit de (eventuele) schadevergoeding waartoe deze beëindiging aanleiding geeft, aan te merken als een boedelschuld. Bovendien creëert dit voor de curator een prikkel om zijn beëindigingsbevoegdheid binnen de perken te houden.* »); E. DIRIX, « Overzicht van rechtspraak. Zekerheden (1998-2003) », *T.P.R.*, 2004, p. 1192, n° 37 (« *Volgens het Hof [van Cassatie in een arrest van 24 juin 2004] dient de curator dergelijke rechten in beginsel te honoreren. Enkel wanneer de noden van de faillissementsvereffening dit vereisen, zou hij die rechten kunnen aantasten, in welk geval de derde recht heeft op schadevergoeding. De vordering tot schadevergoeding die hierdoor ontstaat geldt als een boedelschuld.* »).

⁶¹. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite: essai de rationalisation », *J.T.*, 2008/20, p. 347; T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCOUEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruylant, 2009, p. 63; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur? », *R.D.C.*, 2008/10, pp. 861-870, spéc. p. 868; Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe d'égalité des créanciers*, o.c., pp. 1141-1142, n° 1220.

⁶². *Traité*, pp. 756-758, n° 1009.

⁶³. *Manuel*, pp. 556-558, n°s 647-649; *Traité*, pp. 756-758, n° 1009.

La cession de créance à titre de garantie est une sûreté réelle, et, partant, le bénéficiaire en est un créancier sursitaire extraordinaire⁶⁴.

Le fait que cette nouvelle définition ne fasse plus expressément référence aux créances garanties par un privilège spécial, comme c'était le cas sous le régime antérieur, prête à ambiguïté. Certains commentateurs en déduisent que ces créances, comme celle du bailleur d'immeubles, ne pourraient plus être qualifiées de créances sursitaires extraordinaires⁶⁵. Je ne partage pas cette opinion: les privilèges mobiliers spéciaux sont eux aussi des sûretés réelles⁶⁶; l'exclusion du bailleur du périmètre des créanciers sursitaires extraordinaires serait d'autant moins justifiée que son privilège est assimilé à un gage⁶⁷. Le tribunal de l'entreprise d'Anvers a ainsi qualifié de créancier sursitaire extraordinaire le bénéficiaire d'un privilège de conservation de la chose⁶⁸. Considérant qu'elle devait être assimilée à un gage, celui de Liège a

reconnu cette qualité au bénéficiaire d'une cession de créance à titre de garantie⁶⁹.

Aux termes de l'article I.22, 14°, CDE, une créance sursitaire extraordinaire ne l'est, en vue de la réalisation et du vote d'un plan de réorganisation, « qu'à concurrence du montant, au jour de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, pour lequel une inscription ou un enregistrement a été pris, ou, si aucune inscription ou aucun enregistrement n'a été pris, à concurrence de la valeur de réalisation in going concern du bien ou, si le gage porte sur des créances spécifiquement gagées, leur valeur comptable ». Ce texte autoriserait-il une interprétation selon laquelle une créance de 100, faisant l'objet d'une inscription à concurrence de 100, pourrait être qualifiée d'extraordinaire pour sa totalité, alors que sa valeur de réalisation ne serait que de 10? Cette solution est contestée⁷⁰.

16. DÉLAIS DE RECOURS. POINT DE DÉPART. PUBLICATION AU *MONITEUR BELGE*. EFFETS

Sans préjudice des effets que le Code judiciaire attribue aux significations, les délais prennent cours, lorsque le Livre XX impose l'insertion de données ou de pièces dans le registre⁷¹, à partir du jour suivant celui de l'insertion (art. XX.3 CDE).

Les dispositions dudit livre relatives aux décisions de justice ne prescrivent pas systématiquement l'insertion de ces décisions⁷². L'article XX.40, § 1^{er}, CDE, relatif au dossier de la réorganisation judiciaire, dispose cependant que celui-ci contient « tous les éléments relatifs à la procédure et au fond de l'affaire », et donc toutes les ordonnances et tous les jugements et arrêts. Il faut considérer que le même principe

s'applique au dossier de la faillite, encore qu'il n'existe pas de disposition analogue de nature générale à son sujet⁷³.

Par ailleurs, l'insertion au registre ne vaut notification ou communication qu'à la « condition que cela s'accompagne d'un message électronique à l'intéressé » (art. XX.9, al. 2, CDE).

Le commentaire de l'article XX.9 CDE précise que les personnes qui ne sont pas directement impliquées dans la procédure reçoivent les communications selon les règles du Code judiciaire, à moins qu'elles aient fait savoir qu'elles

64. Entr. Liège (div. Namur), 26 mars 2019, *R.D.C.*, 2019/10, p. 1283.

65. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire, o.c.*, pp. 160-161, n°s 132-133; *Manuel*, pp. 25-26, n°s 22-14.

66. Dans le même sens, voy. F. DE LEO, « Definiëring (buiten)gewone schuldvorderingen in de opschorting (of hoe het heden het verleden is) », *R.D.C.*, 2019/10, pp. 1211-1230, spéc. pp. 1220-1222, n°s 16-17.

67. *Traité*, pp. 341-343, n° 442.

68. Entr. Anvers (div. Anvers), 1 mars 2019, *R.W.*, 2019-2020/10, p. 1281; *R.D.C.*, 2019/3, p. 448 (somm. par I. VAN DE PLAS).

69. Entr. Liège (div. Namur), 26 mars 2019, *R.D.C.*, 2019/10, p. 1283.

70. Voy. F. DE LEO, *o.c.*, spéc. p. 1223-1225, n° 21.

71. Il s'agit du Registre central de la Solvabilité (curieux nom, puisqu'il concerne plutôt l'insolvabilité), que l'art. I.22, 6°, CDE, définit comme étant « la base de données informatiques où les dossiers relatifs aux accords amiables, de procédures de réorganisation judiciaire et de faillite sont enregistrés et conservés » et qui, d'après l'art. 15, contient toutes les données et pièces dont l'insertion est prévue par le Livre XX. Ces données et pièces sont déposées dans le dossier de l'insolvabilité de l'entreprise en cause, qui est constitué selon le cas du dossier comportant les catégories de données à caractère personnel (art. XX.16, § 3, al. 2, CDE), du dossier contenant les pièces dont le juge délégué ou le juge-commissaire ordonne la production (visé art. XX.6 CDE), du dossier relatif aux examens des chambres des entreprises en difficulté (visé à l'art. XX.29, § 1^{er} et 2, CDE), du dossier de l'accord amiable (visé à l'art. XX.37, § 2, al. 3, CDE), du dossier de la réorganisation judiciaire (visé à l'art. XX.40, § 1^{er}, CDE) et du dossier de la faillite (visé à l'art. XX.131, § 1^{er}, CDE). Le Livre XX ne prévoit pas de dossier spécifique pour ce qui concerne les mesures provisoires et la médiation d'entreprise.

72. En matière de réorganisation judiciaire seuls les art. XX.54, § 5, XX.68, § 1^{er}, CDE, imposent une insertion, le premier visant le dépôt du jugement qui fait droit à la demande de la personne physique qui s'est constituée sûreté personnelle du débiteur à titre gratuit et le second visant le jugement relatif à une contestation de créance. En matière de faillite, l'art. XX.131, § 1^{er}, CDE, relatif au jugement déclaratif de faillite, au jugement fixant la date de cessation de paiement et aux décisions rendues sur recours contre ces jugements, aux ordonnances prises par le juge-commissaire et aux jugements d'homologation de transactions et l'art. XX.173, § 2, al. 4, CDE, relatif au jugement ordonnant l'effacement du débiteur, sont les seuls à prévoir le dépôt d'une décision de justice au registre.

73. En ce sens voy. *Manuel*, p. 76, n° 51: « Cette règle devrait s'appliquer également dans les cas où l'insertion n'est pas rendue explicitement obligatoire, mais est rendue simplement nécessaire pour l'administration de l'insolvabilité et la constitution d'un dossier complet accessible selon les règles fixées par ou en vertu de la loi. »

pouvaient être jointes par voie électronique⁷⁴.

Qu'en est-il du recours des tiers qui n'ont pas fait ce choix et n'ont pas reçu pareil message, et auxquels une décision de justice n'a pas été signifiée? La publication au *Moniteur belge* peut-elle toujours leur être opposée?

La réponse me paraît négative: cette publication ne fait courir les délais qu'au cas où une disposition expresse du Livre XX le commande⁷⁵. Les dispositions des articles 6, alinéa 2 et 5, alinéa 3, de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, selon lesquelles la publication d'une décision au *Moniteur belge* équivalait à une notification et le délai de recours commençait à courir du jour de la publication au *Moniteur*, n'ont en effet pas été reproduites dans le Livre XX⁷⁶. C. Alter et Z. Pletinck en ont déduit que, sauf disposition expresse du Livre XX en sens contraire, « la formalité de la publication au *Moniteur belge* conserve uniquement un rôle de publicité des décisions vis-à-vis des tiers », mais ne fait pas courir de délai de recours à l'égard des tiers auxquels la décision n'a pas été signifiée, sans préjudice de la prescription trentenaire de l'article 1128 du Code judiciaire⁷⁷. Je partage cet avis⁷⁸. Le commentaire précité va d'ailleurs dans le même sens.

Les auteurs du *Manuel* professent cependant une opinion contraire: « Lorsque la loi dispose que les décisions sont publiées par extrait au *Moniteur belge*, les délais commencent à courir à partir du lendemain de la publication (et non

pas du jour suivant l'inscription au registre) » y est-il écrit, sans citer la disposition légale qui justifierait ce point de vue⁷⁹.

On observera incidemment que la Cour de cassation a récemment clarifié la date à laquelle commencent à courir les délais de recours à partir d'une notification sur support papier⁸⁰.

Soit (art. 53bis, 1°, C. jud.) la notification est effectuée par pli judiciaire ou par courrier recommandé avec accusé de réception et ce jour est susceptible d'être connu avec exactitude, auquel cas le délai court à compter du lendemain. Soit (art. 53bis, 2°, C. jud.) la notification est effectuée par pli recommandé ou par pli simple et le jour exact n'est pas susceptible d'être connu, auquel cas le délai court à compter du 3^e jour ouvrable qui suit celui où le pli recommandé ou le pli simple a été remis aux services de la poste.

Dans cette dernière hypothèse, le pli, par l'effet d'une présomption légale *juris tantum*, est réputé avoir été présenté au domicile de son destinataire au plus tard la veille du 3^e jour ouvrable qui suit sa remise aux services de la poste. Partant, la preuve contraire à faire par le destinataire lorsque ce jour exact n'est pas susceptible d'être connu ne porte pas sur le moment où il a pris effectivement connaissance du pli mais sur celui où le pli a été présenté à son domicile en sorte qu'il a pu, en toute vraisemblance, en prendre connaissance.

17. DETTES DE MASSE. ACTIF INSUFFISANT. CONCOURS DES CRÉANCIERS DE LA MASSE. FAIT GÉNÉRATEUR

Dans son arrêt du 30 octobre 2015⁸¹, la Cour de cassation a décidé que « l'insuffisance des deniers que le curateur répartit entre les créanciers de la masse fait naître une situation de concours entre ces créanciers; ces deniers doivent dès lors être répartis dans le respect des éventuelles causes de préférence dont bénéficient les créances ». Comme les masses active et passive peuvent s'accroître ou se réduire au fil de la liquidation en fonction de la détermination du passif ou de la réalisation de l'actif, particulièrement en cas de litiges en cours, et que l'ampleur des dettes de masse peut elle

aussi évoluer, une liquidation qui s'annonce positive peut ultérieurement s'avérer déficitaire. D'où la question de savoir quand naît ce concours entre créanciers de la masse.

N. Ouchinsky considère qu'il existe *avant même* que ne se manifeste l'insuffisance des deniers pour les payer tous: « La consécration de la théorie de la 'masse négative' par la Cour de cassation comme condition pouvant donner naissance à un concours a pour conséquence que tout paiement fait par le gestionnaire de la procédure collective à un créancier de la masse, alors qu'il apparaît ensuite que

⁷⁴. Doc. parl., Chambre, n° 54-2407/001, p. 38.

⁷⁵. Voy. l'énumération de ces décisions in *Traité*, p. 374, n° 481.

⁷⁶. Il s'observe incidemment que le *Moniteur belge* a battu son record de pages publiées en 2019: le vendredi 27 décembre 2019, le compteur affichait déjà 118.648 pages, soit le plus grand nombre qu'il ait jamais atteint (*Le Soir*, 28-29 décembre 2019, p. 5).

⁷⁷. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire, o.c.*, pp. 72-73, n° 52 et p. 75, n° 53, note infrapaginale n° 149.

⁷⁸. *Traité*, pp. 373-374, n° 481 et p. 385, n° 495.

⁷⁹. *Manuel*, p. 76, n° 51.

⁸⁰. Cass., 14 février 2019, F.17.0153.F, *J.T.*, 2020/1, p. 12; *J.L.M.B.*, 2019/37, p. 1758; *R.A.B.G.*, 2019/20, p. 1775 et note P. VANLERSBERGHE, « Kennisgeving bij aangezekend schrijven of gewone brief », pp. 1778-1779.

⁸¹. Cass., 30 octobre 2015, C.15.0051.F, *Pas.*, 2015/10, p. 2474 avec Concl. Av. gén. A. HENKES; *Arr. Cass.*, 2015/10, p. 2509; *J.L.M.B.*, 2016/13, p. 590; *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 149 et note N. OUCHINSKY, « Le concours entre créanciers de la masse », pp. 156-191. L'arrêt entrepris, rendu le 9 mai 2014 par la cour d'appel de Bruxelles, avait jugé qu'en l'absence de mesures d'exécution des créanciers de la masse sur les mêmes biens la répartition des deniers devait être opérée en fonction des disponibilités, proportionnellement entre tous les créanciers de la masse.

l'actif ne permet pas de couvrir tout le passif de masse, sera considéré comme ayant été fait en violation de la règle de l'égalité et des règles de répartition édictées par la loi hypothécaire, en sorte que la responsabilité du gestionnaire de la procédure collective pourra être engagée », écrit-il. De ce point de vue, l'arrêt commenté pourrait « porter sérieusement atteinte à la bonne administration de la masse » en ayant pour effet pratique d'entraver tout paiement des dettes de masse avant la clôture de la procédure et, partant, de priver son gestionnaire des concours nécessaires, dès lors que « s'il fallait systématiquement inviter les prestataires de services et autres fournisseurs à attendre la clôture des comptes de liquidation, peu d'entre eux accepteraient encore d'offrir leurs services à un curateur ou un liquidateur »⁸².

Ce point de vue peut ne pas être partagé. La question en litige dans la cause ayant abouti à l'arrêt de cassation précité était de savoir si, en l'absence de poursuites individuelles par les créanciers de la masse, la répartition du produit de la réalisation de l'actif à laquelle procède le curateur lors de la clôture de la faillite doit, lorsque ce produit est insuffisant pour les payer tous, se faire proportionnellement entre tous les créan-

ciers de la masse, comme l'avait décidé l'arrêt entrepris, ou en tenant compte des éventuelles causes de préférence dont bénéficient leurs créances. Pour conclure en faveur de cette dernière solution, la Cour a certes décidé que cette situation entraînait un concours et dicté ainsi au curateur la façon dont il doit procéder, mais son arrêt ne me paraît pas impliquer, sauf poursuites individuelles, que ce concours se produirait antérieurement à la répartition⁸³.

S'agissant des dettes de masse, on citera encore l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 2019 décidant que la notion de dettes de masse dans les réorganisations judiciaires au sens de l'article 37, alinéa 1^{er}, LCE, doit être interprétée restrictivement et que les créances issues d'ouvertures de crédit ne constituent pareilles dettes que si elles résultent de nouvelles conventions ou des nouveaux prélèvements effectués sur la base de conventions en vigueur qui sont poursuivies, c'est-à-dire d'apports nouveaux effectifs⁸⁴. Un apport fictif à la continuité de l'entreprise, comme lorsqu'un nouveau crédit est affecté à l'apurement d'un crédit ancien, ne doit évidemment pas être favorisé⁸⁵.

18. DISTRIBUTIONS. NOTION. TESTS DE LIQUIDITÉ ET DE SOLVABILITÉ. COMPTES COURANTS D'ASSOCIÉS

Les organisations sans personnalité juridique échappent à la qualification d'entreprise lorsqu'elles n'ont pas un but de distribution et ne font effectivement pas de distributions. Les auteurs du *Manuel* précisent que: « *Le but de distribution ne s'assimile pas au but de lucre. Il s'agit bien de répartir les bénéfices d'une activité ou même les actifs au profit des associés [...] Entraînent effectivement la qualification d'entreprise: tous les transferts visant à l'enrichissement des membres et dirigeants de l'organisation ou même de tiers. Les exemples typiques de distribution interdite sont les allocations exorbitantes allouées aux administrateurs, la mise à disposition de biens appartenant à l'association à un membre à des prix non conformes aux conditions du marché.* »⁸⁶.

Par ailleurs, le Code des sociétés et des associations subordonne toute distribution à diverses conditions et formalités tenant à la liquidité et à la solvabilité⁸⁷.

A ce titre me paraît-il que tout prélèvement, et plus généralement toute inscription, autre que transitoire, au débit du compte courant d'un associé ou d'un dirigeant, suppose le respect de ces conditions et formalités⁸⁸. Certains professionnels de la comptabilité avec lesquels j'en ai discuté paraissent surpris et n'acceptent pas cette interprétation. On retiendra en tout cas que l'existence de comptes courants débiteurs peut faire obstacle à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire⁸⁹, que leur remboursement peut entraver l'homologation d'un accord collectif⁹⁰ et que des prélèvements peuvent constituer un abus de biens sociaux⁹¹.

Il s'observe que si pour les sociétés anonymes, il n'existe, curieusement, pas dans le Code des sociétés et des associations de disposition analogue à celles des articles 5:143 et 6:116 CSA visant les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives, qui subordonnent toute distribution effective à la condition du constat par l'organe d'administration de ce que celle-ci n'entraverait pas le règlement futur

⁸². N. OUCHINSKY, note précitée, pp. 173-174, n° 25.

⁸³. Comp. *Manuel*, pp. 974-975, n° 1302.

⁸⁴. Cass., 10 mai 2019, C.18.0564.N, R.D.C., 2019/10, p. 1276 et note I. VAN DE PLAS, « Fake it, 'till you make it': over de kwalificatie als boedelschuld na gerechtelijke reorganisatie », pp. 1277-1280; R.W., 2019-2020/11, p. 418.

⁸⁵. I. VAN DE PLAS, note précitée, spéc. pp. 1279-1280, n°s 5-7; comp. Anvers, 17 mai 2018, R.D.C., 2019/4, p. 569 et note I. VAN DE PLAS, pp. 573-574.

⁸⁶. *Manuel*, pp. 53-55, n° 35.

⁸⁷. *Traité*, pp. 100-101, n° 150 et pp. 101-104, n°s 151-153.

⁸⁸. *Traité*, pp. 104-105, n° 154. *Addé* sur les comptes courants en général *Le compte courant dans la vie des affaires. Aspects juridiques, fiscaux et comptables*, Limal, Anthemis, 2013, 194 p., et plus particulièrement la contribution de D. GOL, « Les comptes courants d'associés: questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », pp. 11-50.

⁸⁹. *Traité*, pp. 555-559, n° 741.

⁹⁰. Entr. Liège (div. Liège), 18 décembre 2019, J.L.M.B., 2020/5, p. 234.

⁹¹. Cass., 18 mars 2020, P.19.1299.F, J.T., 2020/16, p. 89 et note.

des dettes, le principe leur est néanmoins applicable dès lors qu'en vertu de l'article XX.23, § 3, CDE, cet organe doit, quelle que soit l'entreprise, veiller à ce que la trésorerie dont il pourra disposer directement ou indirectement pendant l'année à venir soit suffisante pour faire face à l'ensemble des obligations de l'entreprise échéant pendant cette période. La prohibition de toute distribution si le bénéfice distribua-

ble n'est pas suffisant pour préserver la continuité de l'entreprise résulte au reste aussi de l'obligation générale de prudence édictée par l'article 2:51 et sanctionnée par l'article 2:56 CSA. La connaissance du risque élevé de faillite au moment de la distribution rend d'ailleurs celle-ci anormale et justifie une action paulienne^{92,93}.

19. EFFACEMENT. FAILLITE. CONDITIONS. FAUTE GRAVE ET CARACTÉRISÉE AYANT CONTRIBUÉ À LA FAILLITE. TRANSFERT D'ENTREPRISE SOUS AUTORITÉ DE JUSTICE

Alors que d'après le projet de loi portant réforme du droit de l'insolvabilité l'effacement devait être « automatique », les dispositions y relatives ont été profondément remaniées par la Commission de droit économique et commercial de la Chambre, dont les membres ne voulaient pas que ce volet de la *seconde chance* bénéficie au failli ayant eu un comportement gravement fautif. La rédaction peu heureuse de l'amendement ayant conduit à l'article XX.173, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, CDE prête à controverse: l'effacement reste-t-il un droit du failli, nonobstant une faute grave et caractérisée de sa part ayant contribué à la faillite, à défaut d'opposition de ses créanciers? Autrement dit, quelle est la marge d'appréciation du tribunal dans le silence des tiers intéressés?

La condition d'absence de faute grave et caractérisée n'est certes énoncée dans le texte que pour le cas d'opposition du curateur, du ministère public ou d'autres intéressés, ce qui tient à l'évolution de sa rédaction. Mais elle doit à mon estime s'appliquer dans tous les cas, nonobstant l'absence d'opposition, le cas échéant, ainsi qu'il ressort des travaux parlementaires précités, lors desquels il fut observé qu'il serait insensé de faire dépendre l'effacement de l'intervention d'un tiers! Le fait que le curateur soit chargé d'établir un rapport sur les circonstances pouvant donner lieu au constat

de fautes graves et caractérisées dans tous les cas – qu'il y ait ou non opposition de tiers – le confirme: pourquoi l'obliger systématiquement à produire pareil rapport s'il ne pouvait servir qu'en cas d'opposition⁹⁴?

Les auteurs du *Manuel* sont d'un avis contraire: « L'effacement est acquis de droit. Le juge n'a pas à juger formellement lorsque la demande est incluse dans l'aveu. Si la demande est faite dans les trois mois dans un acte séparé, le juge accorde, par une décision particulière, l'effacement. Le seul contrôle à faire est celui de l'identité du débiteur, de son état de faillite et du respect du délai (art. XX. 173). Mais les tiers peuvent dans des conditions très précises s'opposer à l'effacement total ou partiel de la dette. Ce n'est que dans cette hypothèse que le travail de vérification du juge aura une importance plus que formelle. A défaut d'action des tiers et bien sûr dans la mesure où l'effacement a été demandé, l'effacement est acquis. »⁹⁵.

S'agissant de l'effacement suivant un transfert d'entreprise sous autorité de justice, la Cour de cassation a décidé par arrêt du 24 mai 2019 que le tribunal peut prononcer l'effacement tant des dettes étrangères à l'entreprise que de celles qui y sont liées⁹⁶.

20. EFFACEMENT. PORTÉE. DETTES DE LA LIQUIDATION

En disposant à l'article XX.173, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, CDE que le failli « sera libéré envers les créanciers du solde des dettes », le législateur ne vise évidemment pas les dettes souscrites ou encourues par le failli après le jugement déclaratif, comme celles qui résulteraient d'une activité nouvelle,

mais il ne précise pas non plus si cet effacement se borne au passif déclaré à la faillite ou s'il s'étend aux dettes qui sont nées du fait même de la procédure de faillite. Sous le régime antérieur, le failli, une fois la faillite clôturée et donc le dessaisissement terminé, se retrouvait substitué au curateur

⁹² Entr. Gand (div. Termonde), 14 janvier 2019, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/8, p. 878 et note G. LINDEMANS, « Een dubbele bodem: de *actio pauliana* als uitkeringstest », pp. 882-892. Voy. aussi du même auteur *Schuldeiser & rechtspersoon*, Anvers, Intersentia, 2020, pp. 252-254, n^{os} 312-313.

⁹³ Adde J. VANANROYE, « Wat zegt de wetgever als hij zwijgt? », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020/1, p. 4, qui, tout en déplorant lui aussi l'absence dans le Livre 7 du Code des sociétés et des associations d'un test de liquidité, approuve la thèse de G. Lindemans que l'action paulienne comporte un test de liquidité de droit commun d'application à toutes les organisations axées sur la distribution.

⁹⁴ *Traité*, pp. 1065-1070, n^{os} 1494-1499. Adde G. PIRARD et A. HENDERICKX, « Effacement des dettes *versus* excusabilité du failli – contestation des tiers – effacement partiel », *J.L.M.B.*, 2019/31, pp. 1453-1458.

⁹⁵ *Manuel*, p. 1196, n^{os} 1687-1688; dans le même sens: Y. GODFROID, « La liquidation des entreprises en difficulté », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, CUP, vol. 190, Anthemis, 2019, pp. 149-153.

⁹⁶ Cass., 24 mai 2019, 17.0105.N, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/6, p. 661 et note R. LINDEMANS et S. AERTS, « De moeilijke zoektocht naar het juiste evenwicht voor kwijtscheldingsregels bij gerechtelijke reorganisatie door overdracht van de onderneming », pp. 663-669.

comme débiteur (ou créancier) du fait de sa gestion. Dans son arrêt du 5 octobre 2007, la Cour de cassation avait en effet décidé que les dettes de la masse devenaient, si la faillite n'avait pas permis de les apurer, des dettes du failli lui-même à la suite de la clôture: elles n'étaient pas affectées par la déclaration d'excusabilité⁹⁷.

Compte tenu de la volonté du législateur de donner au failli une *seconde chance* plus ample encore que celle du régime antérieur, notamment en excluant du dessaisissement les biens lui échuant d'une cause postérieure au jugement déclaratif, et compte tenu de l'absence de toute considération à ce sujet dans l'exposé des motifs du projet de loi et dans les

travaux parlementaires, il paraîtrait curieux de lui imputer encore la volonté d'exclure de l'effacement un passif qui peut être très lourd en tenant compte de l'ampleur qu'a prise la notion de *dettes de masse* ces dernières années⁹⁸. Les auteurs du *Manuel* paraissent du même avis: « *Théoriquement, le curateur engage le failli lorsqu'il agit au nom de l'ensemble des créanciers et le failli serait donc tenu [des dettes de masse]* », écrivent-ils, en poursuivant: « *mais cette solution va manifestement à l'encontre de la volonté du législateur qui entend favoriser la seconde chance* »⁹⁹.

21. ENTREPRISE (QUALITÉ D'-). ECONOMIE COLLABORATIVE (AIRBNB, UBER). INDÉPENDANT (NOTION). COMMERÇANT

L'indépendant qui participe à l'économie collaborative (ou à ce qu'on appelle *Gig economy* ou économie des petits boulots) sera qualifié d'entreprise si sa participation constitue une activité professionnelle. Citant l'*exposé des motifs* de la loi du 11 août 2017, le *Manuel*, confirme que « *[l]es activités durables dans le cadre de l'économie collaborative (Uber, Airbnb,...) sont également comprises dans la définition* »¹⁰⁰. Déterminer si l'activité est ou non « professionnelle » ne sera pas toujours facile, comme l'illustrent les travaux parlementaires¹⁰¹. Qu'en est-il de la personne qui loue occasionnellement un appartement ou une chambre via le site *Airbnb* ou qui conduit de temps à autre pour *Uber*? Les exemples donnés en Commission de droit économique et commercial de la Chambre lors de la discussion du projet de loi étaient flagrants, et donc peu utiles: c'est en *zone grise* que se situent les difficultés¹⁰².

S'agissant de la notion d'indépendant, il s'observe que la Cour de cassation française a, par un arrêt du 4 mars 2020, rejeté un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 janvier 2019 qui avait requalifié en contrat de travail la relation entre Uber et l'un de ses chauffeurs, de sorte que, salarié plutôt qu'autoentrepreneur, le sort de ce chauffeur relevait non pas de la justice commerciale mais de la justice sociale¹⁰³.

La juridiction d'appel avait considéré que « un faisceau suffisant d'indices se [trouvait] réuni pour permettre [...] de

caractériser le lien de subordination », le facteur déterminant pour qualifier un travailleur de salarié. Elle avait notamment relevé que « le chauffeur qui a recours à l'application Uber ne se constitue pas sa propre clientèle, ne fixe pas librement ses tarifs et ne détermine pas les conditions d'exécution de sa prestation de transport. L'itinéraire lui est imposé par la société et, s'il ne le suit pas, des corrections tarifaires sont appliquées. La destination n'est pas connue du chauffeur, révélant ainsi qu'il ne peut choisir librement la course qui lui convient. [...] A partir de trois refus de courses, la société Uber peut déconnecter temporairement le chauffeur de son application. En cas de dépassement d'un taux d'annulation de commandes ou de signalements de 'comportements problématiques', le chauffeur peut perdre l'accès à son compte. Enfin, le chauffeur participe à un service organisé de transport dans la société Uber définit unilatéralement les conditions d'exercice. [...] »¹⁰⁴.

Dans un arrêt du 28 novembre 2018, la Cour avait déjà validé la requalification en contrat de travail de la relation entre un livreur à vélo et la plateforme de repas Take Eat Easy, liquidée en août 2016. A l'époque, la juridiction avait estimé que l'utilisation de la géolocalisation des autoentrepreneurs et le recours à un système de sanction envers les livreurs étaient des critères suffisants pour attester un lien de subordination.

La présente contribution évoque diverses autres facettes de

⁹⁷. Cass., 5 octobre 2007, F.06.0047.F, *Pas.*, 2007/10, p. 1709; *Arr. Cass.*, 2007/10, p. 1852; *J.L.M.B.*, 2008/1, p. 11; *R.W.*, 2010-2011/17, p. 725; *T.F.R.*, 2008/335, p. 157 (somm.). Cet arrêt avait rejeté un pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel de Liège du 30 juin 2004 qui avait considéré que « les travaux préparatoires ne permettent pas d'affirmer que le législateur aurait voulu aller au-delà [du passif dans la masse] dans son souci de maintenir le débiteur failli dans le circuit économique en lui permettant de reprendre ses activités sur une base assainie ».

⁹⁸. *Traité*, pp. 1074-1075, n° 1507.

⁹⁹. *Manuel*, p. 975, n° 1303.

¹⁰⁰. *Manuel*, p. 45, n° 28.

¹⁰¹. Sur la notion d'activité professionnelle, voy. *Traité*, pp. 301-303, n° 401.

¹⁰². *Traité*, pp. 307-308, n° 495.

¹⁰³. Cass. fr. (soc), n° 374, 4 mars 2020, www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html, S. GISLON, « Uber exerce une autorité sur ses chauffeurs, ce qui rend fictif leur statut d'indépendant », *Bull. jur. & soc.*, mai 2020-1, p. 6.

¹⁰⁴. Extraits cités dans *Le Monde* du 6 mars 2020, p. 16.

la notion d'entreprise (voy. les entrées *Administrateurs ou gérants et représentants permanents indépendants. Qualification ipso facto comme entreprise? – Organisation (structurée et stable). Notion – Professions libérales (application du droit de l'insolvabilité aux -)*). Pour les compléter, on citera un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 6 août 2019, statuant en matière de règlement collectif de dettes et jugeant que, lorsque au moment de l'introduction de la demande, l'article 254 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises était en vigueur, la notion de commerçant doit être comprise comme celle d'entreprise au sens de l'article I.1 du Code de droit économique, et que

cette notion s'apprécie au moment de la demande en admissibilité à la procédure¹⁰⁵, ainsi qu'un jugement du tribunal du travail de Liège du 16 août 2019¹⁰⁶, conforme au dit arrêt.

Il s'observe encore que par arrêt du 23 avril 2020¹⁰⁷ la Cour constitutionnelle a annulé la loi du 18 juillet 2018 relative à la relance économique et au renforcement de la cohésion sociale ainsi que celle du 30 octobre 2018, qui, la modifiant, y était indissociablement liée. Elle a cependant maintenu les effets de la loi pour les prestations fournies jusqu'au 31 décembre 2020¹⁰⁸.

22. ENTREPRISES PUBLIQUES (APPLICATION DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ AUX -)

Les personnes morales de droit public ne tombent pas dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité. Cependant, comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet de loi, il n'est pas toujours aisé de déterminer si une entité donnée est ou non une personne morale de droit public, une notion qui est donc obscure. D'où la question de savoir ce qu'il en est des entreprises publiques.

Sous le régime de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, l'application du droit de la faillite aux entreprises créées ou contrôlées par les pouvoirs publics et qui exercent une activité économique de type industriel ou commercial était déjà controversée. Selon les premiers commentateurs du Livre XX, la notion de personne morale de droit public au sens de l'article X.1, alinéa 1^{er}, CDE, pourrait être interprétée en fonction de la justification de l'exclusion de ces personnes, à savoir le principe de continuité du service public¹⁰⁹. De ce point de vue, les entreprises publiques dont la défaillance ne mettrait pas ce service en péril seraient susceptibles de ne pas être tenues pour des personnes morales de droit public.

Il faut d'abord, me paraît-il, distinguer les *entreprises à capital public* des entreprises publiques au sens strict, qualifiées d'*organismes d'intérêt public*. Rien ne permet *a priori*

d'écarter du périmètre de la notion de *débiteur* les entreprises à capital public: le droit de l'insolvabilité peut en principe leur être appliqué intégralement. C'est en ce qui concerne les organismes d'intérêt public qu'il faut tenir compte du principe de continuité du service public.

S'agissant de ce principe, l'application du droit de l'insolvabilité à des entreprises publiques peut faire l'objet d'exclusions, ou au contraire d'habilitations du législateur. A défaut, déjà sous l'empire de la loi du 18 avril 1851, la doctrine avait imaginé la possibilité de déclarer la faillite d'entreprises publiques en limitant la masse aux biens non utiles pour l'exercice de leur mission ou la continuité du service public¹¹⁰.

La continuité du service public ne serait par ailleurs pas la seule valeur à prendre en considération par le juge invité à se prononcer sur une requête en réorganisation judiciaire ou une demande de déclaration de faillite d'une entreprise publique: elle devrait être mise en balance avec les droits des intéressés, comme le droit de propriété garanti par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la prohibition des aides publiques en droit communautaire et le principe de proportionnalité¹¹¹.

¹⁰⁵. C. trav. Bruxelles, 6 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019/36, p. 1691.

¹⁰⁶. Trib. trav. Liège (div. Liège), 16 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019/36, p. 1726.

¹⁰⁷. C.C., 23 avril 2020, n° 53/2020.

¹⁰⁸. Voy. S. GILSON, « Le cadre juridique du "travail associatif, des services occasionnels et de l'économie collaborative" est bouleversé », *Bull. jur. & soc.*, mai 2020-1, p. 5 ; M. DAVAGLE, « L'hallali du travail associatif », *Bull. jur. & soc.*, mai 2020-1, p. 14.

¹⁰⁹. D. DE MAREZ et Ch. STAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, pp. 43-45, n°s 80-82.

¹¹⁰. *Traité*, pp. 311-316, n°s 411-415.

¹¹¹. A. MAYENCE et E. SLAUTSKY, « L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'Etat », *R.D.C.*, 2018/8, pp. 827-843; voy. aussi L. GOOSSENS, « Entiteiten met deels economische en deels niet-economische activiteiten: altijd ondernemingen voor doeleinden van staatssteunregels? », *R.D.C.*, 2018/8, pp. 818-826. Comp. Bruxelles, 8 mai 2019, *R.D.C.*, 2019/7, p. 930 et note J. DERENNE, « La protection du tiers lésé par l'octroi illégal d'une aide d'Etat à son concurrent: une concurrence déloyale fondée indirectement sur une violation du droit européen », pp. 922-929.

23. EXTENSION DE FAILLITE

Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de cassation, l'extension de faillite est devenue exceptionnelle. La qualification des gérants et administrateurs comme entreprises – sous réserve de la controverse y relative exposée *supra* – et la possibilité de déclarer la faillite d'organisations non personnalisées pourraient susciter un regain d'intérêt pour cette sanction. Au *Manuel*, il est confirmé, après un exposé des

difficultés de la technique, que « *[c]e qu'il est d'usage d'appeler 'l'extension de faillite', n'est pas pour autant impossible* »¹¹². Il s'observe encore que, sans aller jusqu'à l'extension de faillite, l'imputation du passif qui en est un élément peut aussi faciliter la sanction de certains comportements indécents. Le fondement et les conditions de cette sanction prêtent cependant à débat¹¹³.

24. HONORAIRES ET FRAIS DES CURATEURS. CALCUL ET IMPUTATION

Si, par arrêt du 13 septembre 1991¹¹⁴, la Cour de cassation a décidé qu'en cas de vente de biens grevés d'une sûreté réelle ou d'un privilège spécial, les honoraires, frais et débours du curateur doivent être d'abord prélevés sur le produit de la vente, avant toute attribution au créancier bénéficiaire, plutôt que sur la totalité du produit de réalisation de tout l'actif, y compris les biens grevés, elle n'a pas été amenée à trancher la question controversée depuis longtemps de définir com-

ment se calcule la part de l'état du curateur susceptible d'être mise à charge des créanciers bénéficiaires de la réalisation de biens grevés, autrement dit ce qui est relatif à la réalisation, et qui doit en supporter la charge¹¹⁵. Le Livre XX n'a lui non apporté aucune innovation en la matière, s'en tenant pour l'essentiel à reprendre les règles en vigueur sous le régime antérieur. La question du calcul de la part et de son imputation n'a donc pas été clarifiée¹¹⁶.

25. HYPOTHÈQUE LÉGALE DU FISC. RÉORGANISATION JUDICIAIRE. INSCRIPTION PENDANT LE SURSIS

Le *standstill* consécutif au dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire fait-il obstacle à l'inscription de l'hypothèque légale du fisc?

Alors que la Cour constitutionnelle avait jugé qu'en n'interdisant pas à l'administration fiscale de prendre une inscription hypothécaire pendant le sursis, la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises portait une atteinte disproportionnée aux droits des autres créanciers¹¹⁷ et que les auteurs de l'avant-projet de loi n'avaient pas envisagé de revenir sur la situation découlant de cet arrêt¹¹⁸, la prohibition des voies d'exécution et des saisies comminées aux articles XX.50 et XX.51 CDE a été complétée d'un membre, ajouté à l'alinéa 1^{er} dudit article XX.51, disposant que cette prohibition est édictée « *sans préjudice du droit pour le créancier d'établir une sûreté légale ou conventionnelle* »¹¹⁹.

Il a été opiné, sans doute à juste titre, que « *[e]n pratique, la seule sûreté conventionnelle que pourrait imposer un créancier, comme pourrait le faire l'administration fiscale avec l'hypothèque légale, est celle résultant de la conversion d'un mandat hypothécaire. Dans une telle hypothèse, le débiteur aura toutefois préalablement donné son consentement. Quant aux autres créanciers privés et ne bénéficiant pas d'un mandat hypothécaire, ils continueront, comme dans l'espèce soumise à la Cour constitutionnelle et ayant donné lieu à son arrêt du 18 février 2016, à subir une violation des articles 10 et 11 de la Constitution* »¹²⁰. Aussi un arrêt de la cour d'appel de Liège, favorable au fisc, a-t-il fait l'objet d'une appréciation doctrinale critique¹²¹. La faveur que s'est arrogée le fisc risque donc bien de faire long feu¹²².

Elle est d'ailleurs d'autant plus choquante qu'une autre exception importante a été apportée par les § 2 et 3 de

¹¹². *Manuel*, pp. 715-716, n° 870.

¹¹³. *Traité*, pp. 1496-1504, n°s 2204-2216.

¹¹⁴. Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 38; *R.D.C.*, 1992, p. 322; *R.W.*, 1991-1992, p. 581.

¹¹⁵. Sur ces questions, voy. Fl. GEORGE, « Les honoraires du curateur », *Pli juridique*, 2018/44, pp. 5-9; M.-Cl. ERNOTTE, « Les frais et honoraires des curateurs », *R.D.C.*, 2005/3, pp. 220-240.

¹¹⁶. *Traité*, pp. 990-992, n°s 1371-1374.

¹¹⁷. C.C., 18 février 2016, n° 23/2016.

¹¹⁸. C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire, o.c.*, p. 249, n° 206; C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises. Dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire, o.c.*, p. 251, n° 207.

¹¹⁹. *Traité*, p. 200, n° 284 et pp. 216-217, n° 303.

¹²⁰. C. ALTER et Z. PLETINCKX, « La continuité des entreprises dans la réforme du droit de l'insolvabilité », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 282, n° 37.

¹²¹. Liège, 10 mai 2016, *inédit*, R.G. 2015/RG/792, cité et critiqué par C. ALTER et A. LEVY-MORELLE, « Egalité entre les créanciers publics et privés dans les réorganisations judiciaires », *J.T.*, 2017/5, p. 96, n° 10.

¹²². *Traité*, pp. 589-590, n° 776 et pp. 660-662, n° 879; *Manuel*, p. 459, n° 486.

l'article XX.44 CDE au principe, déposé à l'article 22 LCE et confirmé au § 1^{er} du même article du code, de la suspension des voies d'exécution consécutive au dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire et subsistant tant que le tribunal n'a pas statué sur cette requête: lorsque le jour fixé pour procéder à la vente forcée des meubles ou des immeubles échoit dans un délai de 2 mois suivant le dépôt de la requête en réorganisation judiciaire, les opérations de vente sur saisie pourront se poursuivre. Ces dispositions, a-t-il été observé à juste titre, profiteront certes à tous les créanciers, mais davantage encore à l'administration fiscale

et à l'ONSS, puisque ces créanciers se délivrent à eux-mêmes les titres exécutoires nécessaires à la mise en œuvre des voies d'exécution^{123,124}.

* * *

Indépendants (application du droit de l'insolvabilité aux -): voy. les entrées *Administrateurs ou gérants et représentants permanents indépendants*. *Qualification ipso facto comme entreprise?* – *Organisation (« structurée » stable)*. *Notion – Professions libérales (application du droit de l'insolvabilité aux -)*.

26. INOPPOSABILITÉS DE LA PÉRIODE SUSPECTE. RAPPORT. OBLIGATIONS DE LA MASSE

Lorsqu'un acte est déclaré inopposable à la masse, les choses doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant cet acte. Lorsque la restitution du bien remis en paiement n'est pas possible, elle se fait par équivalent. Les curateurs ne peuvent en effet faire rentrer dans l'actif du failli les biens qui en sont sortis qu'à charge de restituer au défendeur à l'action en inopposabilité la contrepartie reçue par le failli.

La masse doit par exemple rembourser les frais de conservation que le défendeur à l'action aurait exposés et compenser la plus-value apportée par le défendeur à l'action en inopposabilité à la chose sujette à restitution. Elle doit aussi suppor-

ter les risques qui auraient été encourus par le failli si la chose était demeurée dans son patrimoine.

La créance du cocontractant du débiteur ultérieurement failli est-elle à charge de la masse, comme je le pense (comp. *supra* l'entrée *Conflits d'intérêts des administrateurs de société*. *Notion*. *Droit d'action des tiers*. *Dettes de ou dans la masse?*, *in fine*) ou s'agit-il d'une créance dans la masse? Ici encore la doctrine classique est divisée¹²⁵.

* * *

Liberté d'information sur les difficultés d'entreprises: voy. *infra* l'entrée *Presse (liberté de la -)*.

27. LIQUIDATION DÉFICITAIRE. PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ?

La liquidation déficitaire est-elle une procédure d'insolvabilité? Elle ne figure pas parmi celles visées à l'article I.22, 1^o, CDE. Interpellé en commission parlementaire lors de la discussion du projet, le ministre de la Justice a confirmé que ce n'était pas le cas. Cette réponse pourrait malheureusement conduire à s'interroger, mais à tort, sur la question de savoir si la confiance que les créanciers maintiennent à l'administration d'une liquidation volontaire déficitaire peut toujours être tenue pour évasive de l'ébranlement du crédit¹²⁶. Selon l'*exposé des motifs* du projet de loi de réforme du droit de l'insolvabilité, le liquidateur ne jouit pas non plus de la qualité de praticien de l'insolvabilité. Il est pourtant amené à exercer les fonctions qui sont propres à cet organe¹²⁷.

Aussi C. Alter et Z. Pletinckx, dont je partage l'avis, font-ils valoir que tout liquidateur devrait répondre aux conditions

légales propres aux praticiens de l'insolvabilité et mentionnent-ils un jugement inédit du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles qui a décidé que les honoraires du liquidateur devaient être calculés conformément à l'arrêté royal barémique du 26 avril 2018 établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et des frais des praticiens de l'insolvabilité¹²⁸.

En passant peut être mentionné un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 29 novembre 2018 sur les pouvoirs du liquidateur et la perte, consécutive à la dissolution, de l'action minoritaire dans le chef des actionnaires. La cour faisait valoir que la législation en vigueur relative à la désignation et au remplacement du liquidateur et au contrôle de la liquidation offre aux intéressés des possibilités suffisantes pour suivre sa marche et prendre, le cas échéant, les initiatives

¹²³. Th. LITANNIE et S. MARKO, « La place de l'administration fiscale dans les procédures de réorganisation judiciaire », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 156.

¹²⁴. *Traité*, p. 217, n° 304.

¹²⁵. *Traité*, pp. 1453-1455, n° 2156.

¹²⁶. En ce sens, à juste titre, voy. C. ALTER et ZOE PLETINCKX, « Insolvabilité: questions en suspens », in A. ZENNER (dir.), « Au Carrefour des réformes », *Rev. b. compt.*, n° spéc., septembre 2019, pp. 135-151, spéc. n° 4, pp. 137-139.

¹²⁷. *Traité*, p. 335, n° 436-7, pp. 336-337, n° 438 et p. 860, n° 1171.

¹²⁸. C. ALTER et ZOE PLETINCKX, « Insolvabilité: questions en suspens », *o.c.*, pp. 139-140, n° 5.

judiciaires nécessaires¹²⁹.

Au moment de la correction de l'épreuve de la présente contribution, la Cour de cassation venait, par arrêt du 5 juin 2020, de rejeter un pourvoi contre un arrêt du 5 juillet 2019 de la cour d'appel de Bruxelles qui avait décidé que, même si le déroulement de la liquidation est exempt de tout reproche, lorsqu'il existe des indices que la décision même de mise en liquidation est préjudiciable aux créanciers en ce qu'elle les priverait du bénéfice d'actions pouvant être

menées par un curateur et que, dès lors, la confiance des créanciers est factice, le crédit du débiteur en liquidation déficitaire était ébranlé et, partant, que les conditions de la faillite étaient réunies. Cette évolution de jurisprudence pourrait conduire à conclure que la procédure de faillite devrait toujours être préférée à la liquidation déficitaire lorsqu'elle autorise des mesures que la procédure de liquidation ne permet pas de prendre.

28. MANDATAIRES DE JUSTICE DANS LES RÉORGANISATIONS JUDICIAIRES. DEMANDE DE TIERS? RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE

Lors d'un colloque organisé à Liège le 2 décembre 2019 par le cabinet d'avocats DBB, avec le soutien et la collaboration de la FEB, de la banque BNP Paribas Fortis et de la Sogepa, sur la transposition de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative au cadre des restructurations préventives, un banquier et un manager de crise spécialistes de la restructuration d'entreprises en difficulté déploraient l'impossibilité pour les créanciers de faire appel à un tiers pour assister le débiteur en réorganisation judiciaire.

Cette possibilité est-elle vraiment exclue? Faut-il déduire de ce que l'*exposé des motifs* du projet de loi fait valoir que la désignation de mandataires de justice « est une mesure conservatoire restreinte – en dehors de toute procédure d'insolvabilité » et de la suppression des dispositions de l'article 27 LCE, dont le § 2 permettait la désignation à la demande de tiers d'un mandataire de justice chargé d'assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire, que la nomi-

nation de mandataires de justice ne serait plus possible par application de l'article XX.30 CDE, indépendamment de l'hypothèse de fautes graves et caractérisées visée à l'article XX.31 CDE, après l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ou pour assister le débiteur? Dès lors que la loi n'interdit pas ces mesures, la question me paraît appeler une réponse négative, étant entendu que la désignation devrait alors être demandée au tribunal de l'insolvabilité plutôt qu'à son président¹³⁰.

Il a été rappelé récemment que toute action tendant à la désignation d'un administrateur provisoire doit, à peine d'irrecevabilité, être dirigée contre la société dont le remplacement de l'organe d'administration est postulé par le demandeur¹³¹. L'opposition et l'appel contre l'ordonnance de désignation peut être exercée par l'organe d'administration, qui « doit pouvoir s'opposer à la désignation d'un administrateur par les recours prévus par la loi »¹³².

29. MARCHÉS PUBLICS (PARTICIPATION AUX -). ENTREPRISES EN RÉORGANISATION JUDICIAIRE

Afin d'éviter d'écarter les entreprises en réorganisation judiciaire de l'accès aux marchés publics, l'article XX.53, alinéa 3, CDE, dispose que les créances sursitaires ne sont pas prises en considération dans la réglementation sur les marchés publics pour établir si le débiteur respecte ou non les modalités de remboursement des créances concernées.

Mais en vertu de l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut, sauf si le candidat ou le soumissionnaire démontre avoir pris des

mesures suffisantes afin d'établir sa fiabilité, exclure de la participation à une procédure un candidat ou un soumissionnaire dans certains cas, et notamment lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite. Cette disposition pose la question de sa compatibilité avec le souci du législateur, manifesté audit article XX.53, alinéa 3, CDE, de ne pas pénaliser les entreprises du fait de l'ouverture d'une procédure de cette nature¹³³.

¹²⁹. Anvers, 29 novembre 2018, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/7, p. 781 et note J. VAN EETVELDE, « Over aandeelhouders en afgeleide schade na sluiting van de vereffening », pp. 685-696.

¹³⁰. En ce sens, voy. D. DE MAREZ et Ch. STAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Bruges, die Keure, 2018, p. 120, n° 212; *Traité*, p. 474, n° 629.

¹³¹. Entr. Bruxelles (Fr.) (réf.), 31 janvier 2019, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/4, p. 413 et note A. HANOTEAU et Th. SION, « La qualité du défendeur à l'action en désignation d'un administrateur provisoire », pp. 415-420; voy. aussi O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Larcier, 2010, p. 269; Comm. Bruxelles (réf.), 24 novembre 1995, *R.D.C.*, 1997, pp. 183-184; Comm. Courtrai (réf.), 27 mai 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 327.

¹³². Cass., 5 septembre 2013, C.12.0259.N, *Arr. Cass.*, 2013/9, p. 1720; *Pas.*, 2013/9, p. 1561; *R.D.C.*, 2013/9, p. 938 (somm.); *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013/5, p. 344.

¹³³. *Traité*, pp. 665-666, n° 886.

30. MÉCANISMES PRÉFÉRENTIELS CONVENTIONNELS. ÉGALITÉ DES CRÉANCIERS. PORTÉE DE L'ARTICLE 8 L. HYP.

L'opposabilité des mécanismes préférentiels conventionnels qui permettent d'échapper au concours, qu'on appelle aussi *clauses de préférence, sûretés issues de la pratique, garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours*, prête toujours à controverse¹³⁴. Deux courants se confrontent en la matière, le premier¹³⁵ favorable à leur opposabilité, le second¹³⁶ partisan de l'opposabilité de ces mécanismes, ou du moins de certains d'entre eux¹³⁷.

Les auteurs du *Manuel* écrivent que « [l]es mécanismes de garantie relevant du droit des obligations sont des constructions admises par le droit et qui sont fondées sur le droit des obligations ». Faisant référence à une « analyse subtile » de

Eric Dirix, qui « constate que l'autonomie de la volonté a réalisé des progrès extraordinaires dans le façonnement des droits des créanciers », ils soulignent que « la Cour de cassation de Belgique a progressivement instauré la reconnaissance d'accords conventionnels qui créent un droit de sûreté générique », tout en observant que « [l]a pratique fait au demeurant évoluer cette matière en permanence »¹³⁸.

* * *

Moniteur belge (publication au -). Effets: voy. *supra* l'entrée *Délais de recours*. Point de départ. Publication au *Moniteur belge*. Effets.

31. ORGANISATIONS SANS PERSONNALITÉ JURIDIQUE (NOTION)

L'article L.1, 1°, (c), CDE, cite comme troisième catégorie d'entreprise « toute autre organisation sans personnalité juridique ». Les organisations relevant du bénévolat sont cependant exclues de la notion par l'alinéa 2, (c), du 1° du même article. Que faut-il entendre par *autre organisation sans personnalité juridique*? Chacun admet qu'il s'agit d'une notion cryptique: peut-on qualifier comme tel un groupe de sociétés¹³⁹, une succession, une succursale, voire une masse faillie, et déclarer la faillite si les dettes de masse excédaient les actifs? Sur ces questions, comme sur tant d'autres, l'*exposé des motifs* ou le rapport des travaux en

commission n'apportent aucun éclairage: autant ausculter le silence¹⁴⁰.

La division de Turnhout du tribunal de l'entreprise d'Anvers a jugé irrecevable l'aveu d'un failli qui soutenait que les biens communs qu'il possédait avec son épouse relevaient de pareille organisation, plus spécifiquement d'une société simple, alors qu'il n'y avait ni convention écrite, ni inscription à la BCE ou à la TVA, ni comptabilité, ni passif, de sorte que l'existence de la société et, partant, le but de distribution, n'était pas établi¹⁴¹.

¹³⁴. Sur ces mécanismes, voy. *Traité*, pp. 272-289, n°s 379-390.

¹³⁵. P. VAN OMMESELAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dirs.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Féduci, 1984, conclusion, pp. 393 et « Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents », in A.-M. STRANART (dir.), *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1992, pp. 94-102; A.-M. STRANART, « Rapport de synthèse », in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART, *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, o.c.*, pp. 561 et s., spéc. p. 569; X. DIEUX et C. ALTER, « Observation sur la nature juridique de la monnaie scripturale (spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés) », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, n° 8, p. 396; E. DIRIX, « Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid », *T.P.R.*, 1988, p. 338 et « Commentaar bij art. 8 Hyp. W. », in X., *Voorrechten en hypotheek. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, Malines, Kluwer, 2011, p. 7, qui écarte cependant les mécanismes artificiels et étrangers à l'économie du contrat; M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, p. 118; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004/39, pp. 889-890, n° 35 et « Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen », *R.W.*, 2004-2005/13, pp. 504-505, n° 35; I. PEETERS, « Gelijkheid van schuldeisers en wilsautonomie », in X., *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 195-196, n° 18; N. THIRION, « L'égalité et le droit commercial: un rapport à géométrie variable » (note sous Liège, 17 janvier 2002), *J.L.M.B.*, 2002/31, p. 1368; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », écrivant que « [l]a loi reconnaît l'opposabilité des garanties conventionnelles », *J.T.*, 2009/14, p. 238, n° 4/3, premier tiret.

¹³⁶. G. DE LEVAL, « Opposabilité d'une convention tenant lieu de cantonnement sur exécution provisoire » (note sous Mons, 20 juin 1989), *Ann. dr. Liège*, 1990, pp. 70-72; Fr. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 138-148, n°s 79-89 et « Les droits des créanciers confrontés à une procédure collective: vers une inexorable érosion de la théorie du concours? » (note sous Cass., 15 octobre 2004), *R.C.J.B.*, 2007/2, p. 260; Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chron. not.*, vol. 36, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 39-40 et « Les sûretés », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chron. not.*, vol. 43, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 151 et s.; Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, Larcier, 2018, n° 75 in fine, p. 90.

¹³⁷. Pour un état de la question à l'époque de sa parution en novembre 2019, voy. *Traité*, pp. 285-289, n°s 389-390.

¹³⁸. *Manuel*, pp. 70-71, n° 49, p. 966, n° 1289 et pp. 1029-1030, n° 1434.

¹³⁹. Jusqu'à présent, chaque société d'un groupe a été traitée comme une entité distincte: voy. Gand, 30 novembre 2018, p. 589 (au sujet de l'homologation plans de paiement de sociétés d'un même groupe) et note A. VAN HOE, « Procedurele coördinatie: ja, substantiële coördinatie, nee », pp. 592-594. Dans la cause tranchée par cet arrêt, il n'avait cependant pas été soutenu que le groupe pouvait être appréhendé dans son ensemble en tant que « autre organisation sans personnalité juridique ». *Addé* X. DIEUX, « Les groupes de sociétés: un état des lieux », in E. DIRIX, R. HOUBEN et E. WYMEERSCH (éds.), *In het vennootschapsbelang. Liber Amicorum Herman Braeckmans*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 91-108.

¹⁴⁰. *Traité*, pp. 316-326, n°s 416-425.

¹⁴¹. Entr. Anvers (div. Turnhout), 15 janvier 2019, *R.A.G.B.*, 2019/10, p. 866.

Dans un jugement du 7 mars 2020, le Tribunal du travail francophone de Bruxelles, a déclaré irrecevable l'action en paiement d'une somme de plus de 150 000 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, initiée par un travailleur à l'encontre de l'hôpital Erasme – Cliniques universitaires de Bruxelles, et ce au motif, soulevé d'office, que celui-ci, étant une division de l'ULB, n'avait pas la personnalité juridique. Le travailleur avait vainement tenté de régu-

lariser la situation en faisant signifier une citation en intervention forcée, mais celle-ci étant intervenue d'un an après le licenciement, elle était à son tour irrecevable pour cause de prescription. Le travailleur a été condamné aux dépens à concurrence de 6.000 euros¹⁴². La question de savoir si l'hôpital Erasme ne constituait pas une « autre organisation sans personnalité juridique » au sens de l'article I, 1, 1er alinéa, (c), CDE, n'a pas été soulevée.

32. ORGANISATION (STRUCTURÉE ET STABLE). NOTION

S'il peut parfaitement être admis que toute entreprise s'appuie sur une *organisation* et que celle-ci en forme l'élément fondamental, se pose la question de savoir ce que recouvre ce terme, ou celui d'*organisation* « structurée et stable »¹⁴³, et pourquoi exclure de cette notion celle de l'opérateur indépendant qui agit seul, n'ayant d'autres ressources à agencer que sa force physique, ses qualités intellectuelles ou manuelles, son expérience et sa créativité (moyens personnels) ainsi que ses outils, aussi rudimentaires fussent-ils, comme du papier ou des crayons, des bûches ou des pelles (moyens matériels), indépendamment de tout moyen de réalité augmentée, dès lors que cet agencement réfléchi se perpétue dans le temps? Pareil agencement, aussi sommaire fût-il, ne suppose-t-il pas déjà une *organisation*?

Dans un jugement du 16 décembre 2019¹⁴⁴, qui refuse une nouvelle fois d'englober les gérants ou administrateurs dans la définition légale de l'entreprise de l'article I.1, 1°, CDE, le tribunal de l'entreprise du Hainaut considère que « toute entreprise requiert une organisation de moyens personnels et matériels qui lui permet de conserver son identité malgré les changements de propriétaire », citant à son appui, mais hors contexte, J. Van Ryn et J. Heenen¹⁴⁵, ce qui reviendrait à écarter tous les indépendants, comme certains titulaires de professions libérales, dont les clientèles ne sont pas cessibles.

Ce n'est en tout cas pas la vision de la notion d'*organisation structurée et stable* ou d'*organisation distincte* retenue pendant l'été 2019 par la chambre des vacations de la cour d'appel de Mons dans une espèce où l'aveu de faillite avait été refusé à *Clarisse*, une infirmière exerçant son activité via une société constituée avec son mari aide-soignant, dont elle était la gérante rémunérée, sans autre source de revenus. Tout en se tenant au principe qu'« il convient de déterminer si le mandataire exerce une activité qui lui est propre, s'il développe une activité distincte de celle de la personne morale au nom et pour compte de laquelle il agit, de manière structurée et durable », la cour a en effet considéré que l'infirmière qui avait fait aveu de faillite démontrait bien l'existence « en l'espèce, d'une organisation professionnelle dans son chef », et ce sur la base de la seule considération que « *Clarisse est infirmière depuis de nombreuses années et titulaire, à ce titre, d'un numéro personnel d'INAMI* » et que « *indépendamment de ses engagements de caution, elle a contracté des dettes personnelles dans le cadre de son activité, notamment divers crédits bancaires* ». A considérer cet arrêt, il suffirait que le mandataire social soit agréé pour l'exercice de l'activité, à supposer que pareil agrément soit requis par la loi, et ait des dettes pour conclure à l'existence d'une *organisation*¹⁴⁶.

¹⁴² S. GILSON, « Irrecevabilité de l'action dirigée contre un hôpital dénué de personnalité juridique », *Bull. jur. & soc.*, mai 2020-1, p. 4.

¹⁴³ Voy. *supra* l'entrée *Administrateurs ou gérants et représentants permanents indépendants. Qualification ipso facto comme entreprise?*

¹⁴⁴ Entr. Hainaut (div. Charleroi), 16 décembre 2019, inédit, O/19/00196.

¹⁴⁵ J. VAN RYN et J. HEENEN distinguaient l'entreprise de l'entrepreneur: la définition qu'ils donnaient de cette dernière était *réfléchie* plutôt que *personnalisante*. En 1954, J. Van Ryn écrivait: « On entend par 'entreprises' au sens économique du terme, 'toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services' »; il ne faisait aucune référence aux changements de propriétaire (J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1^{re} éd., Bruylant, 1954, p. 41, n° 33). En 1976, le même auteur et J. Heenen reprenaient et complétaient cette définition en écrivant: « Aucune disposition légale ne définit l'entreprise économique, bien que le législateur se réfère souvent à cette notion. Un arrêt de la Cour de justice des communautés (arrêt du 13 juillet 1962, *Rec.*, 1962, p. 64) a caractérisé l'entreprise économique dans des termes qui méritent, à notre avis, d'être reconnus: on entend par là 'l'organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé' » (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 2^e éd., Bruylant, 1976, p. 63, n° 39). La référence à un changement de propriétaire, étranger à la définition de la C.J.U.E., ajoutée dans l'édition de 1976, émanant d'un économiste plutôt que d'un juriste, auteur d'une contribution sur « Les formes d'entreprises » publiée dans un traité d'économie politique, avait trait aux caractères de l'entreprise économique (*o.c.*, p. 59, n° 36). Elle n'avait d'autre but que de permettre de délimiter au mieux ce qui était commercial et ce qui ne l'était pas. Elle était propre à une approche économique plutôt que légale, telle que l'impose aujourd'hui l'art. I.1, 1°, CDE. Sans oublier que ces auteurs commentaient un régime aujourd'hui révolu, fondamentalement différent de l'actuel!

¹⁴⁶ Mons (vac.), 27 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019/31, p. 1459.

33. PLESSERS (CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT -)

Sauf le respect dû à la Cour de justice de l'Union européenne, on verrait volontiers dans son arrêt *Plessers* du 16 mai 2019¹⁴⁷, unanimement critiqué, du moins par les spécialistes du droit de l'insolvabilité, une mauvaise farce dont les travailleurs sont immanquablement les dupes¹⁴⁸. Toujours est-il que la jurisprudence et la doctrine sont divisées sur les conséquences de cet arrêt: pour les uns, il ne se conçoit pas que le tribunal de l'insolvabilité autorise ou que le tribunal du travail homologue encore des transferts dont le volet social serait contraire à la directive 2001/23/CE¹⁴⁹; d'autres sont d'une opinion contraire¹⁵⁰.

Dans une contribution récente, Nicolas Ouchinsky opine que, plutôt que d'écarter l'application des articles XX.86, § 3, CDE et 12 de la CCT n° 102 ou de les appliquer en contravention aux règles de la directive n° 2001/23/CE, il est possible d'en assurer une application en conformité à cette dernière, et ce en contrôlant les critères économiques, techniques ou organisationnels ayant mené au choix du personnel repris au regard de ceux ayant justifié le choix de ne pas

reprendre les autres membres du personnel, et en vérifiant si lesdits critères constituent des motifs supplémentaires reposant sur des raisons objectives ne tenant pas intrinsèquement au transfert.

« Pousser le raisonnement jusqu'à son terme impliquerait, en outre, de déterminer préalablement le régime applicable de la directive, selon qu'il s'agit d'un transfert d'une partie (art. 3 et 4) ou de la totalité de l'activité (art. 5), au risque de refaire un tour devant la C.J.U.E. », ajoute l'auteur¹⁵¹.

Depuis les dernières contributions consacrées à l'arrêt *Plessers*, le Hoge Raad des Pays-Bas a posé le 17 avril 2020 dans une affaire *Heiploeg* deux nouvelles questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵². Celles-ci manifestent l'insatisfaction de la doctrine néerlandaise à l'égard de l'arrêt *Smallsteps*, analogue à celle de la doctrine belge à l'égard de l'arrêt *Plessers*. Ces questions sont les suivantes (traduction¹⁵³):

¹⁴⁷. C.J.U.E., 16 mai 2019, C-509/17, *Christa Plessers / Préfaco et Etat belge*, R.D.C., 2019/4, p. 538 et note S. JACMAIN et I. VEROUSTRATE, « Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers* », pp. 544-552.

¹⁴⁸. *Traité*, pp. 543-544, n° 729; *Manuel*, pp. 602-611, n°s 725-726, spéc. p. 610.

¹⁴⁹. En ce sens, voy. Entr. Bruxelles (Fr.), 22 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2019/27, p. 1264 et note critique J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU, « L'arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l'Union européenne: une condamnation 'avec sursis' de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », pp. 1267-1279.

¹⁵⁰. En ce sens, voy. Entr. Liège (div. Liège), 26 septembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020/5, p. 221 et Entr. Brabant wallon, 31 janvier 2020, R.D.C., 2020/2, p. 232 (sommaire par I. VAN DE PLAS), ainsi que la note critique précitée de J. WILDEMEERSCH et R. AYDOGDU. Adde R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « *De Smallsteps à Plessers*: un 'grand bond en avant' pour le redressement des entreprises en difficulté », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, CUP, vol. 190, Anthemis, 2019, pp. 71-100.

¹⁵¹. N. OUCHINSKY, « Etat des lieux de l'application des règles de reprise des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt *Plessers* », à paraître dans cette revue, n° 2020/6.

¹⁵². www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/Prejudiciële-vragen-in-zaak-faillissement-Groningse-garnalenverwerker-Heiploeg.aspx.

¹⁵³. Texte original:

« (1) Moet artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23/EG zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat "de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder" is voldaan, indien (i) het faillissement van de vervreemder onafwendbaar is en de vervreemder dus daadwerkelijk insolvent is, (ii) naar Nederlands recht het doel van de faillissementsprocedure is het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers door middel van liquidatie van het vermogen van de schuldenaar, en (iii) in een zogenoemde pre-pack voortgaand aan de faillietverklaring de overgang van (een deel van) de onderneming wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd waarbij (iv) de door de rechtbank aangewezen beoogd curator zich voortgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alsmede door maatschappelijke belangen zoals het belang van behoud van werkgelegenheid en de eveneens door de rechtbank aangewezen beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien, (v) het doel van de pre-pack is om in de daarop volgende faillissementsprocedure een wijze van liquidatie mogelijk te maken waarbij (een deel van) de tot het vermogen van de vervreemder behorende onderneming going concern wordt verkocht zodat de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers wordt behaald, en (vi) de inrichting van de procedure waarborgt dat dit doel daadwerkelijk leidend is?

(2) Moet artikel 5, 1. van de richtlijn zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat "de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie" is voldaan, indien de overgang van (een deel van) de onderneming in een pre-pack voortgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd en (i) voortgaand aan de faillietverklaring wordt geobserveerd door een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, die zijn aangewezen door de rechtbank, (ii) de beoogd curator zich naar Nederlands recht voortgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en door andere maatschappelijke belangen, zoals dat van het behoud van werkgelegenheid, en de beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien, (iii) de taken van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris niet verschillen van die van de curator en de rechter-commissaris in faillissement, (iv) de overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas gesloten en uitgevoerd wordt nadat het faillissement is uitgesproken, (v) de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement ertoe kan overgaan een ander dan de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris te benoemen tot curator of rechter-commissaris, en (vi) voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan en zij, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voortgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden zijn te beoordelen of de voortgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag kennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden terwijl zij steeds bevoegd zijn om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten, te beslissen dat de voortgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden? »

« (1) L'article 5, 1., de la directive n° 2001/213/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il est satisfait à la condition que « la procédure de faillite ou la procédure analogue est ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant », lorsque (i) la faillite du cédant est inéluctable et le cédant donc effectivement insolvable, (ii) selon le droit néerlandais, le but de la procédure de faillite est la réalisation du produit le plus élevé possible pour l'ensemble des créanciers au moyen de la liquidation des biens du débiteur, et (iii) dans une dénommée pre-pack antérieure à la déclaration de la faillite le transfert de l'entreprise (ou d'une partie de celle-ci) est préparé et après cette déclaration réalisé étant entendu que (iv) le curateur pressenti désigné par le tribunal doit se laisser guider préalablement à la déclaration de la faillite par les intérêts de l'ensemble des créanciers ainsi que par des intérêts sociaux, comme le maintien de l'emploi, et que le juge-commissaire également pressenti doit y veiller, (v) le but du pre-pack est de permettre dans la procédure de faillite qui le suit un mode de liquidation dans lequel l'entreprise (ou une partie de celle-ci) dépendant du patrimoine du cédant est vendue en going concern de manière à obtenir le produit le plus élevé possible pour l'ensemble des créanciers, et (vi) l'organisation de la procédure garantit que cet objectif est réellement déterminant?

(2) L'article 5, 1., de la directive doit-il être interprété en ce sens qu'il est satisfait à la condition que « la procédure de faillite ou la procédure analogue se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente », lorsque le transfert de l'entreprise (ou d'une partie de celle-ci) est préparé préalablement et exécuté postérieurement à la déclaration de faillite et (i) est observé préalablement à cette déclaration par un curateur et par un juge-commissaire pressentis, qui sont désignés par le tribunal, (ii) selon le droit néerlandais, le curateur pressenti doit préalablement à la déclaration de faillite se laisser guider par les intérêts de l'ensemble des créanciers et par d'autres intérêts sociaux, comme le maintien de l'emploi, et le juge-commissaire pressenti doit y veiller, (iv) la convention de transfert de l'entreprise qui est préparée pendant un pre-pack n'est conclue et exécutée qu'après la déclaration de la faillite, (v) le tribunal qui déclare la faillite peut désigner un autre curateur ou juge-commissaire que le curateur ou juge-commissaire pressentis, et (vi) le curateur et le juge-commissaire sont soumis aux mêmes exigences d'objectivité et d'indépendance que celles auxquelles sont soumis un curateur et juge-commissaire dans une faillite qui n'a pas été précédée d'un pre-pack et ils sont tenus sur la base de leur mission légale, indépendamment de la mesure de leur implication préalable à la déclaration de faillite, de juger si le transfert de tout ou partie de l'entreprise préparé préalablement à la faillite est de l'intérêt de l'ensemble des créanciers, et si cette question appelle une réponse négative, de décider que le transfert ne sera pas exé-

cuté tout en étant toujours habilités à s'y opposer pour d'autres intérêts sociaux, comme l'importance de l'emploi, à décider que le transfert de tout ou partie de l'entreprise préparé avant la déclaration de faillite n'aura pas lieu? »

D'après un commentateur averti, cette juridiction offre ainsi, en fait, une *seconde chance* (qu'il qualifie, avec un point d'interrogation, d'*examen de passage*) à la C.J.U.E., suscitant l'impression, « osée », qu'elle considère que cette dernière « n'a rien compris de l'affaire *Smallsteps* »¹⁵⁴.

Il s'observe d'ailleurs que les hautes juridictions nationales renâclent de plus en plus devant le « gouvernement des juges » luxembourgeois.

Tel fut le cas en France à la suite d'un arrêt du 4 octobre 2018 par lequel la C.J.U.E. a pour la première fois censuré un arrêt du Conseil d'État pour manquement juridictionnel, un arrêt qui a été qualifié de coup d'État juridictionnel ou de putsch¹⁵⁵! « Cette notion, absente des traités, lui a permis de se prononcer, comme le ferait un juge d'appel, sur un arrêt définitif rendu par une des cours suprêmes françaises: aujourd'hui le Conseil d'État, demain la Cour de cassation, et même – on ne voit pas ce qui l'arrêterait – le Conseil constitutionnel... », écrivait un commentateur: « Dans cette affaire, la Cour de justice s'est érigée en juridiction d'appel, devant laquelle des sociétés multinationales ont pu intenter un recours, relayé par la Commission européenne, contre un arrêt définitif du Conseil d'État ne leur donnant pas satisfaction. Un tel recours était sans précédent, et même inimaginable, mais la Cour a saisi cette occasion pour prendre de l'ascendant sur les juridictions nationales. Fait sans précédent, le président de la section du contentieux du Conseil d'État a lui-même pris la plume pour exprimer, par une tribune publiée dans une grande revue française de droit public, sa consternation devant une attaque aussi malveillante ».

Plus récemment c'est la Cour constitutionnelle allemande qui, considérant que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en la matière n'est pas « compréhensible », a jugé par un arrêt du 5 mai 2020 que celle-ci n'est pas compétente pour juger de la conformité du programme d'achat de titres de dettes européennes de la BCE avec son mandat, et décidé que si la BCE ne démontre pas dans les trois mois que son programme a plus d'avantages que d'inconvénients, la Bundesbank devra se retirer de ce programme. La Cour de Luxembourg n'a pas manqué de réagir sèchement, alors qu'elle ne commente en principe jamais un arrêt d'une juridiction nationale: le 8 mai, elle a diffusé un court communiqué dans laquelle elle se dit être « la seule compétente pour constater qu'un acte d'une institution de l'Union est contraire au droit de l'Union ».

Jusqu'à présent le syndrome du Gouvernement des juges

¹⁵⁴ F. DE LEO, « The Pre-pack Saga Continues: Nederlandse Hoge Raad geeft Europees Hof van Justitie een 'tweede kans' », *Corporate Finance Lab*, 18 avril 2020, <https://corporatefinancelab.org/2020/04/18/the-pre-pack-saga-continues-nederlandse-hoge-raad-geeft-europees-hof-van-justitie-een-tweede-kans/>.

¹⁵⁵ J. TUROT, « La Cour de justice de l'Union européenne ne doit pas être notre cour suprême! », *Le Figaro*, 25 juillet 2019, p. 19.

opposait le monde de la justice au monde politique¹⁵⁶. Le voilà qui risque désormais d'opposer les juridictions nationales aux juridictions internationales.

* * *

34. PRÉCOMPTE PROFESSIONNEL ET COTISATIONS SOCIALES. SORT EN CAS D'ÉCHEC D'UNE RÉORGANISATION JUDICIAIRE

D'après l'article XX.58 CDE, les prélèvements, cotisations ou dettes quelconques fiscaux ou sociaux, pendant la procédure de réorganisation judiciaire, sont considérés comme des prestations effectuées par le cocontractant et constituent donc des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente.

Ce régime est le fruit d'un amendement au projet de loi, déposé à l'initiative du fisc à quelques jours de sa seconde lecture et du vote final, alors que le projet proposait la solution contraire et qu'il avait été approuvé dans cette version par le gouvernement, déposé à la Chambre, examiné en commission, sans que le texte y prêtât à discussion, et adopté par celle-ci en première lecture. Les conditions dans lesquelles cet amendement a été retenu étaient au surplus surprenantes.

Poursuite d'activité irrémédiablement compromise: voy. *infra* l'entrée *Responsabilité des dirigeants. Poursuite d'activité irrémédiablement compromise. Délégué à la gestion journalière non administrateur.*

La discussion peut être résumée en constatant qu'elle a été guidée par une rédaction trompeuse de l'amendement et de sa justification, par un exposé tendancieux de son auteur en commission et par une erreur d'appréciation flagrante du ministre de la Justice, pour ne pas supposer autre chose, et qu'elle est passée *par-dessus la tête* des membres de la commission. D'où le fait que la manœuvre a été qualifiée de « véritable **hold up** réalisé subrepticement et **in extremis** »¹⁵⁷ par l'administration fiscale et l'ONSS.

Le fisc aura-t-il engrangé de la sorte plus qu'une victoire à la *Pyrrhus*? On voit mal la Cour constitutionnelle revenir sur son appréciation antérieure, le jour où elle sera interrogée sur la compatibilité de l'article avec la Constitution¹⁵⁸.

35. PRESSE (LIBERTÉ DE LA -): UN TABOU SUR LES DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES?

Les entreprises en difficulté qui s'efforcent de mettre en œuvre des plans de redressement extrajudiciaires, notamment dans le but de parvenir à un accord avec leurs créanciers, avec ou sans le concours d'un médiateur d'entreprise, ou au sein desquelles a été nommé un mandataire de justice ou un administrateur provisoire, peuvent-elles s'opposer, au nom de la discrétion souvent indispensable au maintien de leur crédit, à la diffusion d'informations dans la presse ou à d'autres communications, par exemple par des agences de renseignements financiers ou commerciaux, qui pourraient menacer les chances de réussite de ces plans ou leur pérennité?

La question peut être posée depuis que la société française éditrice d'un site d'informations financières en ligne, spécialisé dans le suivi de l'endettement des entreprises et accessible sur abonnement, a été condamnée par une ordonnance du 16 novembre 2012 du juge des référés du tribunal de grande instance de Paris, sur citation du mandataire *ad hoc* de diverses sociétés d'une grande enseigne de la distribution et des sociétés débitrices elles-mêmes, à retirer de ce site une série d'articles documentés et chiffrés sur l'ouverture de la procédure française de mandat *ad hoc* et sur l'évolution des pro-

cédures en cours et des négociations engagées et à s'abstenir de toutes publications d'informations de cette nature, considérées comme confidentielles, et que cette procédure a abouti à deux arrêts de la Cour de cassation française des 15 décembre 2015 et 20 avril 2017¹⁵⁹.

Il est vrai que l'article L. 611-15 du Code de commerce français dispose que: « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité », mais l'organe de presse ne figurait pas parmi les personnes en cause.

Par ailleurs toute personne a droit à la liberté d'expression, y compris « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques », mais ce droit « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection des

¹⁵⁶. *Traité*, pp. 148-157, n° 209-215.

¹⁵⁷. L'expression est de C. ALTER, « Préface », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 8-9.

¹⁵⁸. *Traité*, pp. 212-216, n°s 299-302.

¹⁵⁹. *Traité*, pp. 516-524, n°s 703-711.

droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire » (art. 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales).

Ce qui a prévalu, c'est la considération que si la liberté de la presse de diffuser des informations confidentielles sur des entreprises au nom de la transparence de la vie des affaires est établie, son exercice ne peut, en vertu dudit article 10, porter atteinte à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, comme le droit à la vie privée, si l'information ne présente pas d'intérêt général pour le débat public.

Pour mettre l'arrêt attaqué à néant, la Cour de cassation a usé de la méthode de la mise en balance des intérêts antagonistes. Elle a considéré dans un premier temps que les informations relatives aux procédures visées par l'article L. 611-15 du Code de commerce étaient nécessaires pour protéger les droits d'autrui au sens de l'article 10, 2., CEDH, et que cet article faisait obstacle à la diffusion des informations litigieuses par voie de presse, à moins qu'elles ne contribuent à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général. Et elle a jugé dans un deuxième temps que les infor-

mations publiées n'étaient pas « *de nature à nourrir un débat d'intérêt général* ».

Il peut cependant difficilement être contesté que l'information des créanciers des débiteurs en difficulté, qu'elle soit le fait d'entreprises de renseignement spécialisées, de sites internet dédiés spécifiquement à l'information financière ou de la presse économique, sert cet intérêt, dans la mesure où elle peut leur éviter de mettre le recouvrement de leurs créances et leur propre avenir en péril. Il y a là une conciliation, et partant un équilibre délicat, à opérer avec l'absence de publicité légale de ces procédures aux fins de faciliter les mesures de redressement.

Pareille question ne paraît pas encore avoir été jugée ou examinée en doctrine en Belgique, où le législateur s'est toujours montré très favorable à la liberté de la presse. On observera cependant dans ce contexte que le nouvel article 871*bis* du Code judiciaire, y inséré par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des affaires, permet au juge, à la demande motivée d'une partie, de qualifier un secret d'affaires de confidentiel et dès lors d'interdire à toute personne participant à la procédure d'utiliser ou de divulguer ce secret d'affaires ou secret d'affaires allégué (parties, témoins, experts, avocats et tout le personnel judiciaire)¹⁶⁰.

36. PRIVILÈGES DU TRÉSOR

Pour garantir le recouvrement des créances fiscales et non fiscales, les articles 27 et 28 CRAF accordent au trésor un privilège général sur les revenus et les biens meubles de toute nature du redevable, à l'exception des navires et des bateaux.

Ces articles reprennent la teneur des articles 422 et 423 CIR 1992 et 86 et 87 CTVA¹⁶¹, mais élargissent également le privilège général du trésor aux droits de mise au rôle et aux créances non fiscales. Par ailleurs, les accroissements, amendes administratives et fiscales et accessoires (intérêts de retard et frais d'exécution) afférents à ces accroissements et amendes sont désormais également, « dans un souci d'harmonisation », nantis du privilège général du trésor. Celui-ci prend rang immédiatement après celui de l'article 19, 5°, de la loi hypothécaire, un rang très subalterne puisqu'il ne prime que les créances de cotisations obligatoires aux fonds budgétaires pour la protection animale et végétale. Toutefois, en matière de précompte professionnel, de précompte mobilier, de TVA et d'accroissements, d'amen-

des administratives et fiscales et d'accessoires y afférents, il est mieux placé, au rang de l'article 19, 4^{ter}, où il est en concours avec ceux de l'ONSS et de divers autres organismes sociaux et du Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises.

Dès lors que le privilège pour les précomptes professionnel et mobilier bénéficie d'un rang plus favorable que le privilège en matière d'impôts directs, s'est posée la question si le premier déroge au second et, partant, que si cette dérogation peut s'appliquer pour les intérêts dus sur ces précomptes: la cour d'appel de Gand¹⁶² et celle d'Anvers¹⁶³ ont statué en sens contraire à ce sujet¹⁶⁴.

Est aussi controversée la question de la compétence du législateur fédéral ou régional quant au rang des privilèges; le *Manuel* opine que ce rang relève du premier en tant que chargé de la cohérence de l'union économique et monétaire belge¹⁶⁵.

¹⁶⁰. Voy. à ce sujet T. VAN NOYEN, L. DEVROE et D. PHILIPPE, « Protection des secrets d'affaires », *In Foro*, 2019/3-4, pp.29-43, n°s 64-65.

¹⁶¹. J. CAEYMAEX et Th. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2018, pp. 569-571, n°s 742-753.

¹⁶². Gand, 4 avril 2001, *T.G.R.*, 2001, p. 265.

¹⁶³. Anvers, 2 décembre 2010, *R.W.*, 2012-2013/2, p. 65.

¹⁶⁴. *Traité*, pp. 198-200, n°s 281-282; *Comp. Manuel*, pp. 989-990, n°s 1330-1336.

¹⁶⁵. *Manuel*, pp. 992-993, n° 1344 *in fine* et pp. 1103-1104, n°s 1555-1556.

37. PROCÉDURE DE LA SONNETTE D'ALARME. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS. RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

La Cour de cassation a récemment clarifié deux questions controversées concernant la responsabilité des administrateurs dans la procédure de la sonnette d'alarme. Elle a en effet décidé :

- d'une part que le point de départ du délai de 2 mois dans lequel doit être convoquée l'assemblée générale ne peut être placé au jour de la présentation à l'assemblée générale ordinaire des résultats annuels, mais doit au contraire se situer au jour antérieur où la perte a été ou aurait dû être effectivement constatée par l'organe d'administration¹⁶⁶ ;
- d'autre part que la faute que constitue l'absence de convocation de l'assemblée générale extraordinaire en cas de procédure de la sonnette d'alarme est instantanée et, partant, consommée dès que le délai de 2 mois est expiré ; la circonstance que cette absence de convocation a perduré n'en fait donc pas un ensemble de fautes indivisibles¹⁶⁷.

S'agissant de la responsabilité des professionnels du chiffre, l'ambiguïté maintenue en pratique en la matière est le fait de la position curieuse de leurs instituts, relayée dans l'*exposé des motifs* du projet ayant abouti à la loi du 11 août 2017 introduisant le Livre XX dans le Code de droit économique.

S'il y était expressément rappelé que ces professionnels engagent leur responsabilité à l'égard des tiers pour tout dommage qu'ils subiraient du fait de leur négligence lorsqu'ils ne se conforment pas aux obligations que leur impose la procédure d'alarme (p. ex. à l'égard des créanciers qui auraient continué à traiter avec l'entreprise alors que la démarche du professionnel aurait pu entraîner sa réorganisation, sa dissolution ou sa faillite et que leur préjudice n'aurait pas été souffert si l'activité avait été arrêtée), cet *exposé* était beaucoup plus équivoque sur celle à laquelle ils s'exposent en omettant d'en informer par écrit le président du tribunal de l'entreprise lorsque les dirigeants de l'entreprise ne prennent pas les mesures nécessaires pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de 12 mois.

Comme les responsables politiques ont cédé jusqu'ici aux pressions des instituts, la position de leurs membres, et parti-

culièrement du commissaire, « est d'autant plus délicate que le législateur n'a pas fait de la communication au président une obligation, mais une faculté », comme il est observé au *Manuel*¹⁶⁸, alors qu'ils y sont en pratique tenus en fonction de leur responsabilité professionnelle. Ce n'est, comme l'a confirmé une doctrine récente, « qu'au cas où le professionnel du chiffre aurait eu de sérieuses raisons de penser que la communication au tribunal risquait de porter davantage encore préjudice à la société ainsi qu'à ses créanciers qu'il pourrait valablement justifier de s'être abstenu de toute communication de ses constatations au tribunal alors qu'il en avait la faculté »¹⁶⁹, une hypothèse qui suppose que des mesures de redressement adéquates aient été engagées par les dirigeants de l'entreprise en difficulté et que ce redressement soit mieux assuré sans immixtion des chambres des entreprises en difficulté, ce qui est sans doute une situation exceptionnelle¹⁷⁰.

On regrettera incidemment que dans certains tribunaux les chambres des entreprises en difficulté n'exercent que peu, sinon pas du tout, leur mission de sensibilisation des professionnels comptables en faisant usage de l'habilitation que confère l'article XX.25, § 3, alinéa 2, CDE à la chambre et au juge rapporteur à les interroger sur l'évolution de la situation de l'entreprise cliente qu'ils ont suivie, sur leurs réactions, sur les recommandations qu'ils ont formulées et sur des mesures prises pour assurer la continuité des activités. En utilisant systématiquement cette faculté, les chambres ou leurs juges rapporteurs pourraient contribuer de manière significative à faire prendre conscience à ces professionnels de l'importance de leur rôle et de leurs obligations en cas de menaces de discontinuité. C'est dans ce but que l'habilitation en cause leur a été conférée par la loi du 27 mai 2013 et qu'elle a été réitérée dans la loi du 11 août 2017¹⁷¹.

L'attention mérite encore d'être attirée sur le fait qu'en vertu des articles 5:4, 6:5 et 7:3 CSA, le nom de l'expert externe qui a apporté son assistance lors de l'établissement du plan financier doit désormais y être mentionné¹⁷².

* * *

Procédure d'insolvabilité. Notion: voy. *supra* l'entrée *Liquidation déficitaire. Procédure d'insolvabilité?*

¹⁶⁶. Cass., 24 mai 2018, C.17.0290.N, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/3, p. 324 et note J.-Fr. GOFFIN, « Sur l'arrêt du 24 mai 2018 relatif au moment où la perte a été ou aurait dû être constatée par le conseil d'administration », pp. 328-330 ; *D.A.O.R.*, 2018/128, p. 150 et note L. DEFUSTER et L. NYSEN, « A quel moment les gérants et administrateurs ont-ils l'obligation d'enclencher la procédure de sonnette d'alarme (art. 332 C. soc.) ? », p. 151 ; *R.W.*, 2019-2020/4, p. 139 (sommaire).

¹⁶⁷. Cass., 4 mai 2018, C.17.0410.F, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019/3, p. 325 et note J.-Fr. Goffin, « Sur l'arrêt du 4 mai 2018 relatif au point de départ de la prescription de l'action en responsabilité pour faute basée sur une violation de la procédure de la sonnette d'alarme », pp. 327-328 ; *R.W.*, 2019-2020/4, p. 139.

¹⁶⁸. *Manuel*, p. 263, n° 255.

¹⁶⁹. J.-L. DE LHONEUX, « Le rôle de la procédure d'alerte dans le dépistage et la prévention des entreprises en difficulté », *J.T.*, 2015/17, p. 378.

¹⁷⁰. *Traité*, pp. 109-113, n°s 163-166. *Addé* en ce qui concerne la responsabilité du commissaire au regard des conditions de distribution : M. MANNEKENS, « De nettoactief- en de liquiditeitstest in de besloten vennootschap en de beoordelingsopdracht van de commissaris », *Tax, Audit & Accountancy*, 2019/4, pp. 34-55, n° 65.

¹⁷¹. *Traité*, p. 445, n° 593.

¹⁷². *Traité*, pp. 61-62, n° 93 ; *addé* J. DE COSTER, « Le plan financier conformément au nouveau Code des sociétés et des associations », *Accountancy & Tax*, 2019/4, pp. 28-32.

38. PROFESSIONS LIBÉRALES (APPLICATION DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ AUX -)

A subordonner la qualité d'entreprise à l'existence d'une organisation « structurée et stable » ou « distincte » (voy. les entrées *Administrateurs ou gérants et représentants permanents indépendants. Qualification ipso facto comme entreprise?* et *Organisation (structurée et stable). Notion*), on se demande quels sont les titulaires de professions libérales, pour ne s'en tenir qu'à ces seuls indépendants, qui mériteraient cette qualité. Quels sont en effet les membres des Ordres ou Instituts, autres que ceux qui pratiquent *en solo* pour compte propre, qui peuvent se targuer de disposer d'une organisation structurée et stable personnelle, distincte de celle dans laquelle ils opèrent: ce n'est certes pas le cas des avocats, des professionnels de la comptabilité ou des architectes travaillant comme collaborateurs, ou de ceux qui opèrent comme associés ou actionnaires de sociétés professionnelles!

Ceci déboucherait sur la discrimination que, s'agissant spécialement des professions libérales, le pouvoir exécutif a voulu éviter, à lire le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 26 avril 2018 portant exécution de l'article XX.1, § 1^{er}, dernier alinéa, du Code de droit économique relatif à l'application du Livre XX aux titulaires d'une profession libérale, en veillant à ce que les dispositions dudit livre relatives à l'exercice d'une profession libérale s'appliquent tant aux personnes morales au sein desquelles sont exercées ces professions qu'aux personnes physiques inscrites comme titu-

lares de ces professions, précisément afin d'éviter une différence de traitement injustifiée¹⁷³.

Il s'observe par ailleurs que l'avocat (personne physique) déclaré en faillite reste confronté à des obstacles à un nouveau départ. Nicolas Ouchinsky relevait récemment les suivants, dont seul le premier est propre à un Ordre, les deux autres touchant tous les indépendants¹⁷⁴:

- l'article 160ter du Code de déontologie de l'*Orde van Vlaamse Balies* prévoit la radiation d'office de l'avocat failli, une sanction incompréhensible à laquelle échappent heureusement les avocats francophones et germanophones¹⁷⁵;
- comme le système d'attribution des immatriculations à la BCE, lié aux numéros de registre national, ne permet qu'une seule immatriculation par personne physique, l'avocat failli ne pourra relancer son activité qu'en constituant une société avec un nouveau numéro de BCE;
- pour pouvoir bénéficier de la couverture des soins de santé, l'allocataire doit, en vertu de l'article 123 de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé, être en ordre de paiement de ses cotisations sociales pendant une année de référence complète, de sorte que l'avocat accusant des arriérés de plus d'une année sera privé de l'intervention de sa mutuelle jusqu'à l'(éventuel) effacement de ses dettes.

39. RAPPORT DE LA FAILLITE. FRAIS ET HONORAIRES DU CURATEUR

Qui, hors l'hypothèse d'une négligence fautive du débiteur failli et indépendamment des dépens, doit supporter la charge des frais et honoraires du curateur lorsque le jugement déclaratif est rapporté? La Cour de cassation a certes décidé que ces frais et honoraires sont à charge de l'ancien failli, mais cette solution, déjà contestée sous le régime de la loi du 18 avril 1851, heurte de front l'esprit de la réforme de

2017 qui prétend instaurer une *seconde chance* en faveur du failli mais qui sanctionnerait ainsi celui qui a été déclaré tel à tort, sans y avoir la moindre responsabilité! Il serait plus indiqué de délaisser dans pareil cas les dépens et les frais et honoraires à l'Etat, au nom duquel le curateur a poursuivi l'exécution provisoire du jugement déclaratif¹⁷⁶.

¹⁷³ *Traité*, pp. 354-355, n° 455. Sur les réformes concernant les professions libérales, voy. B. INGHELS, « Décoder le Code de droit économique: quelques propos introductifs à relever pour les titulaires de professions libérales », in X. (éd.), *Le nouveau Code de droit économique*, pp. 13-4; M. KRINGS, « Le Livre XIV du Code de droit économique: des défis à relever pour les titulaires de professions libérales », in X. (éd.), *Le nouveau Code de droit économique*, pp. 49-150; Fr. GLANSDORFF et M. KRINGS, « La situation des professions libérales après l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 2018 », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, CUP, vol. 190, Anthemis, 2019, pp. 205-251.

¹⁷⁴ N. OUCHINSKY, « L'avocat a aussi droit à une nouvelle chance », *Forum* (périodique d'information de l'Ordre français des avocats au barreau de Bruxelles), 2020/279, pp. 14-15.

¹⁷⁵ L'auteur précité rapporte que: « Interrogé à ce sujet en Commission de la Justice, le ministre de la Justice Geens a répondu qu'« Une radiation du tableau permet au conseil de l'Ordre d'examiner si la faillite est la conséquence d'infractions déontologiques. Si tel n'est pas le cas, l'avocat peut être réinscrit au tableau et prendre ainsi un nouveau départ! » Les autorités de l'Ordre flamand auraient ainsi institué une « présomption de culpabilité », qui paraît peu compatible avec l'art. 6 C.E.D.H.!

¹⁷⁶ *Traité*, pp. 909-911, n° 1246; comp. *Manuel*, pp. 768-769, n°s 972-973.

40. REPRISES DE PASSIF DANS LES RÉORGANISATIONS JUDICIAIRES PAR TRANSFERT SOUS AUTORITÉ DE JUSTICE

En réaction à certaines pratiques tendant à obvier à la nécessité d'un prix au moins égal à la valeur de réalisation forcée tout en respectant le critère légal sur le plan formel, l'article XX.87, § 3, *in fine*, CDE – relatif à la faculté pour le candidat acquéreur de rependre certains contrats en cours, dettes du passé incluses, si son offre est acceptée – dispose que ces dettes du passé prises en charge par l'acquéreur ne sont pas considérées comme élément du prix.

Encore que cette disposition vise spécifiquement les dettes issues de contrats en cours repris par l'acquéreur, faut-il y voir l'expression d'un principe général prohibant la prise en compte comme élément du prix de toutes reprises ou économies de passif, quelle qu'en soit la nature? Je le pense¹⁷⁷.

Une prise en compte de cet ordre favorise en effet les créanciers payés à la suite de ces reprises ou satisfaits du fait de ces économies, et viole donc le principe d'égalité des créanciers en concours qui s'impose en cas de transfert. Il en est d'autant plus ainsi lorsqu'elle se fait au détriment d'autres créanciers dont la part dans le produit de la vente se réduit d'autant. La question est cependant controversée par des auteurs considérant que « le *'passif social évité' ne peut être à proprement parler assimilé aux 'dettes du passé', s'agissant des coûts futurs de licenciements qui devraient être payés aux travailleurs par le curateur ou le liquidateur en l'absence de transfert, et qui piment sur les créances chirographaires* »¹⁷⁸.

41. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS. NON-PAIEMENT DES DETTES DE PRÉCOMPTE PROFESSIONNEL OU DE TVA. RECEVABILITÉ DE L'ACTION APRÈS FAILLITE?

Les dispositions légales qui rendent les dirigeants de sociétés ou de grandes associations sans but lucratif solidairement responsables du non-paiement des dettes de précompte professionnel et de dettes de TVA si ce non-paiement est imputable à une faute de gestion, en vigueur avant la promulgation de la loi du 11 août 2017, ont été complétées d'un paragraphe en vertu duquel le tribunal seul compétent pour connaître de cette action est le tribunal de l'insolvabilité lorsqu'est ouverte une procédure d'insolvabilité, qui se retrouve aujourd'hui déposé à l'article 51, § 6, CRAF.

Ce nouveau paragraphe prête à interrogation, dans la mesure où il pourrait donner à penser que les poursuites peuvent toujours être entreprises après l'ouverture de la faillite, ce qui est contestable. Il a en effet été précisé lors des travaux préparatoires de la loi que les dispositions en cause « *s'appliquent jusqu'au jour du concordat ou de la faillite* ». La présomption ne s'applique donc pas lorsque l'entreprise débitrice de précompte professionnel ou de TVA est en réorganisation judiciaire, en faillite ou en liquidation, sans que la procédure n'ait été engagée préalablement par l'administration fiscale¹⁷⁹.

42. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS. PLAFONNEMENT. EXCLUSION DES DETTES FISCALES ET SOCIALES

Les articles 51 CRAF et XX.226 CDE rendent les dirigeants de sociétés ou de grandes associations ou fondations solidairement responsables du non-paiement des dettes de sécurité sociale, de précompte professionnel et de dettes de TVA dans des conditions exorbitantes du droit commun, la faute pouvant être présumée dans certaines circonstances. En vertu des articles 458 CIR 1992 et 73sexies CTVA, les personnes qui auront été condamnées comme auteurs ou complices d'infractions visées aux articles 449 à 452 CIR 1992 ou 73 et 73bis CTVA sont tenues solidairement au paiement de l'impôt éludé et les personnes physiques ou morales seront civilement et solidairement responsables des amendes et frais résultant des condamnations prononcées en vertu de ces articles contre leurs préposés ou dirigeants d'entreprise.

Parmi les mesures de faveur consenties à l'administration des impôts et à l'ONSS figure celle de l'article 2:57, § 3, 3° et 4°, CSA, qui exclut de la limitation à certains montants de la responsabilité des membres d'un organe d'administration ou délégué à la gestion journalière, déposée à l'article 2:57, § 1^{er}, CSA, la responsabilité solidaire visée aux articles 442quater et 93undeciesC CTVA, dont la teneur est reprise depuis le 1^{er} janvier dernier à l'article 56 CRAF, et celle visée aux articles 458 CIR 1992, 73sexies CTVA et XX.226 CDE. On peut évidemment s'interroger, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, sur la justification de pareille exclusion, qui amène à s'interroger sur « *la volonté historique – et la cohérence – du législateur* »¹⁸⁰, comme de celle de tant d'autres faveurs consenties au fisc¹⁸¹.

¹⁷⁷. *Traité*, pp. 805-806, n° 1084.

¹⁷⁸. C. ALTER et A. LÉVY-MORELLE, « Cinq années de jurisprudence en matière de continuité des entreprises (2013-2017) », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 223, n° 28.

¹⁷⁹. *Traité*, pp. 1547-1548, n° 2276.

¹⁸⁰. *Manuel*, p. 1426, n° 1966 *in fine*.

¹⁸¹. *Traité*, p. 203, n° 288 et pp. 1538-1548, nos 2264-2277.

43. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS. POURSUITE D'ACTIVITÉ IRRÉMÉDIABLEMENT COMPROMISE. DÉLÉGUÉ À LA GESTION JOURNALIÈRE NON ADMINISTRATEUR

Au cas où la déclaration de la faillite a été retardée alors que la continuité de l'entreprise était irrémédiablement compromise, tout dirigeant ou ancien dirigeant de droit ou de fait peut désormais être déclaré personnellement obligé, avec ou sans solidarité, de tout ou partie de l'insuffisance d'actif sur la base de l'article XX.227, § 1^{er}, CDE.

Les premiers commentateurs de cette responsabilité considèrent que l'extension de la responsabilité au délégué à la gestion journalière non administrateur, expressément prévue par l'article précité, doit être envisagée avec réserve, dès lors que la décision de poursuivre ou non l'activité de la société relève de la compétence du conseil d'administration – voire du comité ou du conseil de direction –, mais en aucun cas de la gestion journalière. Il leur paraît dès lors discutable de mettre à charge du délégué à la gestion journalière une responsabilité pour une décision stratégique qu'il n'est en

aucun cas en mesure de prendre. Sans doute pourrait-on reprocher au délégué à la gestion journalière non administrateur, ajoutent-ils, de n'avoir pas, le cas échéant, attiré l'attention du conseil d'administration sur la gravité de la situation et du caractère inéluctable de l'arrêt de l'activité. Dans un tel cas, ce n'est pas en soi la décision de poursuivre ou non l'activité qui peut être incriminée, mais éventuellement un manquement ou une négligence au niveau de l'information ou de la surveillance qui, au niveau de la condamnation, méritera une solution moins sévère. Ils rappellent aussi les particularités de la répartition des compétences entre conseil d'administration et comité ou conseil de direction, à prendre en compte dans l'appréciation des responsabilités des uns et des autres¹⁸². L'application de l'article XX.227, § 1^{er}, CDE aux dirigeants non administrateurs chargés de la gestion journalière prête donc à discussion¹⁸³.

44. RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS. RÉCIDIVE DANS LE NON-PAIEMENT DES COTISATIONS SOCIALES

La condamnation personnelle et solidaire d'un dirigeant ou ancien dirigeant de fait ou de droit au paiement de la totalité ou d'une partie des cotisations sociales qui sont dues au moment du prononcé de la faillite suppose que ce dirigeant soit récidiviste, en ce sens qu'il doit, dans les 5 ans précédant la faillite à l'occasion de laquelle sa responsabilité est recherchée, avoir été impliqué dans au moins 2 faillites ou liquidations d'entreprises au sein desquelles il exerçait une fonction dirigeante effective et qui étaient débitrices de dettes de sécurité sociale demeurées impayées. Même si elle n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute grave dans le chef du dirigeant poursuivi, cette responsabilité objective, dite *des trois faillites* dans le jargon de l'ONSS, ne peut évidemment sanctionner que des dirigeants coupables¹⁸⁴. Ainsi le juge appelé à apprécier la hauteur de la condamnation des dirigeants est-il habilité à vérifier si la récidive est frauduleuse et donc à tenir compte de leur bonne foi¹⁸⁵.

Dans un arrêt du 7 avril 2017¹⁸⁶, la Cour de cassation a curieusement décidé que le fait que les deux faillites antérieures d'entreprises débitrices de cotisations sociales aient été

prononcées le même jour n'entrave pas la mise en cause de la responsabilité du dirigeant de l'une d'elles, celle prononcée en premier lieu par rapport à celle à la suite de laquelle le dirigeant est poursuivi devant être considérée comme étant intervenue dans une période de 5 années précédant la seconde. Cette solution prête elle aussi à controverse. Il a en effet été observé à juste titre en doctrine que l'interprétation retenue par cet arrêt n'est pas conforme à la *ratio legis* de cet article, qui est de sanctionner les dirigeants qui sont par deux fois récidivistes, et pourrait particulièrement frapper les administrateurs de sociétés faisant partie d'un même groupe impliqué dans plusieurs faillites prononcées le même jour¹⁸⁷.

Une autre question controversée a été tranchée par un arrêt de cassation du 1^{er} février 2019: un administrateur ne peut voir sa responsabilité engagée que pour les dettes sociales de la dernière société déclarée en faillite et non pour les dettes des sociétés déclarées en faillite antérieurement, et ce même s'il était impliqué dans ces faillites¹⁸⁸.

* * *

¹⁸² J.-Fr. GOFFIN et A. CAUWENBERGH, « La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d'activité déficitaire avant ou pendant la réorganisation judiciaire », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 670-674, n^{os} 35-40.

¹⁸³ *Traité*, p. 1537, n^o 2260.

¹⁸⁴ *Traité*, pp. 1533-1536, n^{os} 2254-2257.

¹⁸⁵ Cass., 31 mai 2019, C.18.0499.N, *R.D.C.*, 2019/5, p. 699 (sommaire par I. VAN DE PLAS).

¹⁸⁶ Cass., 7 avril 2017, C. 16.0390.N, *R.D.C.*, 2017/7, p. 750 et note A. VAN HOE et K. DE SMET, « Cassatie bevestigt: tijd is relatief », pp. 751-75; *R.P.S.-T.R.V.*, 2017/7, p. 930; *Dr. pén. entr.*, 2018/3, p. 225 et note M. VRIELINCK, « Comptage du nombre de faillites à prendre en considération au cours des cinq années qui précèdent le prononcé de la dernière faillite », pp. 226-227; *Limb. Rechtsl.*, 2019/2, p. 118 et note.

¹⁸⁷ Note A. VAN HOE et K. DE SMET, précitée; Ch.-A. LEUNEN et G. VISEUR, « Questions choisies en matière de responsabilité des administrateurs dans le nouveau Code des sociétés et le Livre XX du Code de droit économique », in A. ZENNER (dir.), *Le droit de l'insolvabilité. Analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 739.

¹⁸⁸ Cass., 1^{er} février 2019, C.18.0208.N., *R.D.C.*, 2019/10, p. 1268 et note W. DAVID, « La Cour de cassation fixe les limites de l'action en comblement de passif au profit de l'ONSS », pp. 1269-1270; *Fiscologue*, 2019/1601, p. 14 (sommaire); *Limb. Rechtsl.*, 2019/2, p. 124.

Seconde chance: voy. *supra* les entrées *Biens échéant au failli d'une cause postérieure au jugement déclaratif. Notion de cause – Biens échéant au failli d'une cause postérieure au jugement déclaratif. Droits des créanciers? – Effacement.*

Conditions. Faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. Transfert d'entreprise sous autorité de justice – Effacement. Portée. Dettes de la liquidation – Rapport de la faillite. Frais et honoraires du curateur.

45. RÉTENTION (DROIT DE -). DÉCLARATION DE CRÉANCE?

La question de savoir si l'exercice du droit de rétention était ou non subordonné à une déclaration de créance au passif de la faillite du débiteur prêtait à équivoque. Par un arrêt du

16 janvier 2020, la Cour de cassation a décidé qu'il ne l'est pas¹⁸⁹.

46. SOLIDARITÉ DES DONNEURS D'ORDRE ET ACTION DIRECTE POUR DETTES FISCALES. SUBSISTANCE EN CAS DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE

Depuis l'entrée en vigueur du Code de recouvrement amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales en début d'année et en vertu de son article 59, les dispositions de ses articles 53 et s. relatives à la responsabilité solidaire de certains donneurs d'ordre pour dettes fiscales de leurs cocontractants et à l'action directe du fisc à leur encontre pour le paiement d'une quotité de chaque facture, qui restaient déjà applicables dans d'autres cas de concours, le restent également en cas de procédure de réorganisation judiciaire.

Telle avait déjà été la situation entre 2011 et 2013, du fait d'une mesure de faveur déposée aux articles 82 et 92 de la loi du 14 avril 2011 portant des dispositions diverses et rédigée de manière à passer inaperçue. La pratique ayant illustré que cette solidarité privait les entreprises concernées des moyens nécessaires pour financer une poursuite d'activité, les mots « ou de la procédure de réorganisation judiciaire » avaient cependant été abrogés des dispositions de droit social et fiscal en vigueur à l'époque par les articles 41 et 47 de la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations concernant la continuité des entreprises¹⁹⁰.

Comme d'autres mesures en faveur du fisc, ce retour à l'état antérieur a été une fois encore obtenu de manière subreptice. Le commentaire dudit article 59 figurant à l'*exposé des*

motifs de la loi du 13 avril 2019 se borne en effet à énoncer la règle qui y figure en passant sous silence, et en ne justifiant donc absolument pas, le maintien de l'application de l'article en cas de réorganisation judiciaire qui, compte tenu de l'action directe du fisc, privera les entreprises concernées recourant à cette procédure d'une part importante de leur trésorerie. D'où la question de la constitutionnalité de l'application de ces mesures en cas de réorganisation judiciaire, même si cette application à d'autres cas de concours a déjà été validée par la Cour d'arbitrage¹⁹¹.

Par ailleurs, les dispositions précitées garantissent désormais également le paiement de toutes sommes de nature non fiscale dues à l'Etat ou à des organismes d'Etat, en principal et accessoires, dont le recouvrement est assuré par l'administration du Service public fédéral Finances en charge de leur perception et de leur recouvrement.

On relèvera cependant qu'en vertu de l'article 54, 5°, b) du CRAF « *les sommes pour lesquelles il existe un plan d'apurement dûment respecté et les dettes sursitaires (...) ne sont pas considérées comme dettes au sens des articles 54 à 59* »: seules l'existence de dettes fiscales ou non fiscales hors sursis du débiteur en réorganisation obligeront le cocontractant donneur d'ordre à retenue et à solidarité.

47. SÛRETÉS PERSONNELLES À TITRE GRATUIT. DÉCHARGE. CONDITION DE DISPROPORTION. MOMENT DE L'APPRÉCIATION

En cas de réorganisation judiciaire ou en cas de faillite, la personne physique qui s'est constituée sûreté personnelle du failli à titre gratuit peut être déchargée en tout ou en partie de son obligation lorsque celle-ci est manifestement disproportionnée par rapport à ses facultés de remboursement. Dans le

premier cas, une requête peut être introduite à cette fin « à partir du jugement déclarant ouverte la procédure de réorganisation judiciaire » et la disproportion doit s'apprécier « au moment de l'octroi du sursis » (art. XX.54, § 3, al. 1^{er}, CDE)¹⁹². Dans la deuxième hypothèse la requête peut être

¹⁸⁹. Cass., 16 janvier 2020, C.19.0298.N, R.D.C., 2020/1, p. 106 (sommaire par I. VAN DE PLAS).

¹⁹⁰. *Manuel*, pp. 622-623, n° 739.

¹⁹¹. *Traité*, pp. 195-197, n°s 275-279 et p. 201, n° 286.

¹⁹². *Traité*, pp. 643-646, n°s 861-865; *Manuel*, pp. 468-471, n°s 494-505.

introduite « après l'ouverture de la procédure » et la disproportion doit s'apprécier « au moment de l'ouverture de la procédure » (art. XX.176, al. 1^{er}, CDE)¹⁹³.

Le texte légal ni le commentaire de l'actuel article XX.176 CDE figurant à l'*exposé des motifs* ne permettent de cerner précisément ce que le législateur a entendu par *l'ouverture de la procédure*. La doctrine s'accorde pour considérer qu'il s'agit de la procédure de faillite et que la disproportion doit donc être appréciée au jour du jugement déclaratif¹⁹⁴, comme le suggère la comparaison avec l'article XX.54, § 3,

alinéa 1^{er}, CDE, plutôt que de la procédure ouverte par la requête sollicitant la décharge. Ni l'une ni l'autre interprétation n'est cependant susceptible de justification au regard de l'article 2043^{sexies} précité du Code civil, qui prohibe une disproportion entre l'engagement et les facultés de remboursement au moment de la *conclusion du contrat de cautionnement*, et du fait qu'il ne se voit pas à quel titre l'évolution négative ultérieure de la situation financière de la sûreté personnelle devrait être imputée, le cas échéant, au créancier qu'elle garantit!

48. SURSIS PROVISOIRE. EFFETS. GAGE SPÉCIFIQUE. EXPULSION

Le gage bancaire portant sur « toutes créances actuelles et futures » du crédité est-il un gage générique ou un gage spécifique? La lecture du commentaire de l'article XX.52 CDE inclinait à y voir un gage spécifique, dès lors qu'il y était écrit que « le gage d'un organisme bancaire ne sera pas affecté par le sursis s'il porte sur les créances du débiteur – par nature fluctuantes – à l'encontre de ses clients et relevant de ses activités commerciales ou le gage portant sur des loyers futurs dus par les locataires d'immeubles »¹⁹⁵.

Dans son arrêt du 16 janvier 2020, la Cour de cassation a cependant décidé que « pour ce qui concerne l'élaboration et le vote du plan de réorganisation, une créance qui est garantie par un gage sur créances doit être tenue pour une créance sursitaire extraordinaire à concurrence de la valeur de réalisation in going concern des créances gagées ou si le

*gage porte sur des créances spécifiquement gagées, à concurrence de leur valeur comptable. Lorsque la créance est garantie par un gage sur toutes créances existantes et futures du débiteur, cette créance est ainsi une créance sursitaire extraordinaire à concurrence de la valeur de réalisation in going concern de ces créances »*¹⁹⁶. Le gage sur toutes créances existantes et futures du débiteur est donc un gage générique, dès lors qu'aux termes de l'article I.22, 14°, CDE, si le gage porte sur des créances spécifiquement gagées, la créance est extraordinaire à concurrence de leur valeur comptable.

La question de savoir si le bailleur est ou non tenu de surseoir à l'exécution d'une décision ordonnant l'expulsion du débiteur en réorganisation des bâtiments dans lesquels il exerce son activité est elle aussi disputée¹⁹⁷.

49. SYNDICATS (FAILLITE DES -)?

Les syndicats sont des organisations sans personnalité juridique. Ils ne pourraient cependant être qualifiés comme entreprises, et, partant, se voir appliquer le droit de l'insolvabilité, que si leur action était tenue pour non-bénévole. Cette question, délicate, prête évidemment à polémique.

L'exposé des motifs de la loi du 11 août 2017 pose expressément que « [l]es associations où l'on retrouve malgré tout effectivement des distributions déguisées sont [...] qualifiées d'entreprises » et le ministre de la Justice l'a confirmé en commission et a précisé que serait sans importance le fait que les avantages que l'organisation distribue à ses membres soient directs plutôt qu'indirects. Il paraissait donc aller de soi que les syndicats, dont les bénéficiaires sont les membres eux-mêmes et qui distribuent bien des avantages, comme les

indemnités de grève payées à leurs membres, devaient être englobés parmi les entreprises auxquelles s'applique le droit de l'insolvabilité.

« Les syndicats, associations de fait sans forme juridique, seront-ils touchés par votre réforme? »: confronté à cette interrogation par un commissaire particulièrement sensible à la question de l'extension du champ d'application aux associations sans but lucratif ou aux associations de fait lors de la discussion du projet de loi en première lecture, le ministre de la Justice avait profité du flot d'échanges pour faire la sourde oreille et s'abstenir de répondre. La question fut à nouveau posée aux experts entendus lors des auditions préalables à la discussion détaillée du projet de loi portant réforme du droit des entreprises et les nuances dont ils firent preuve illustrèrent

¹⁹³. *Traité*, pp. 1093-1096, n^{os} 1542-1544; *Manuel*, pp. 1235-1240, n^{os} 1758-1766.

¹⁹⁴. *Manuel*, p. 469, n^o 497.

¹⁹⁵. *Traité*, pp. 663-665, n^{os} 881-883; *Manuel*, pp. 465-467, n^{os} 491-493.

¹⁹⁶. Cass., 16 janvier 2020, C.19.0294.N, *R.D.C.*, 2020/1, p. 106 (sommaire par I. VAN DE PLAS).

¹⁹⁷. *Traité*, p. 590, n^o 776 et pp. 656-657, n^o 875.

le côté délicat, pour ne pas dire *tabou*, du sujet¹⁹⁸. La doctrine y a par la suite répondu positivement¹⁹⁹.

50. TERMES ET DÉLAIS (APPLICATION AUX CRÉANCES FISCALES)

Pour pallier les premières difficultés de trésorerie d'un débiteur, le Code civil confère au juge la faculté d'octroyer des termes de grâce (art. 1184 et 1244 C. civ.). En cas de réorganisation judiciaire par accord amiable, le tribunal de l'insolvabilité peut octroyer au débiteur des délais modérés (art. XX.65, § 3, al. 2, CDE).

Cette faculté s'applique-t-elle aux créances fiscales? La Cour de cassation a statué par la négative dans un arrêt du 24 février 2008²⁰⁰, mais cet arrêt, qui a été critiqué par la majorité de la doctrine, s'appuyait sur un régime légal aujourd'hui révolu. Il est au surplus difficile à concilier avec la jurisprudence actuelle de la Cour constitutionnelle sur les prérogatives du juge à l'égard de l'administration²⁰¹.

* * *

Uber: voy. *supra* l'entrée *Entreprise (qualité d')*. *Economie collaborative (Airbnb, Uber). Indépendant (notion). Commerçant*

Observations finales: Encore que cette contribution n'ait pas été conçue comme examen de jurisprudence, signalons que quelques autres controverses ont été tranchées par la jurisprudence publiée récemment²⁰².

On notera aussi qu'une proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique a été déposée le 10 juin 2020 à la Chambre par MM. B. Piedboeuf, B. Friart et Ph. Pivin²⁰³ et prise en considération sous le bénéfice de l'urgence. Au moment de la correction de l'épreuve de la présente contribution un avis rapide du Conseil d'Etat était annoncé.

Cette proposition de loi vise à adapter les dispositions relatives aux procédures de réorganisation judiciaire aux besoins de la crise économique engendrée par la pandémie du Covid-19. Elle autorise la présentation des rapports des juges délégués ou juges commissaires sous forme écrite en première instance comme en appel, elle porte de quatre à huit mois le délai dans lequel le juge rapporteur de la chambre des entreprises en difficulté doit clôturer son rapport, elle permet la nomination de mandataires de justice dans les entreprises lorsque des circonstances ou des événements exceptionnels mettent ou sont susceptibles de mettre en péril tout ou partie de ses activités et elle autorise le vote électronique des créanciers sur les plans de réorganisation par accord collectif. Elle institue surtout un régime préventif d'octroi de facilités de paiement par le président du tribunal à la demande d'une entreprise en difficulté, indépendamment de toute réorganisation judiciaire.

¹⁹⁸. *Traité*, pp. 324-326, n° 425.

¹⁹⁹. Z. PLETINCKX, « Le champ d'application des procédures », in A. DESPONTIN (dir.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 31, n° 13; W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 29, n° 37; D. GOL et N. THIRION, « La réforme du droit des entreprises: panorama général », in N. THIRION (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, CUP, vol. 190, Anthemis, 2019, p. 181, n° 26.

²⁰⁰. Cass., 24 avril 2008, F.06.0042.N, *Pas.*, 2008/4, p. 999; *Arr. Cass.*, 2008/4, p. 1016; *J.L.M.B.*, 2009/18, p. 832 et note critique de A. BERTHE, « De l'impossibilité pour le pouvoir judiciaire d'octroyer des termes et délais en matière de dette de TVA », pp. 836-840; *R.G.C.F.*, 2008/4, p. 307 et note E. VAN BRUSTEM, « L'article 1244 du Code civil est-il réellement incompatible avec les dispositions des codes fiscaux? », pp. 310-316; *F.J.F.*, No. 2009/2, p. 135 et note; *R.W.*, 2009-2010/25, p. 1052 (sommaire); *R.A.B.G.*, 2008/18, p. 1193 et note J. VANDEN BRANDEN, « Cassatie bevestigd visie van Antwerpse rechtbank », pp. 1198-1999; *T.F.R.*, 2008/17, p. 924, n° 349 et note M. LOYENS, « De fiscale rechter en betalingsfaciliteiten m.b.t. verschuldigde belastingen », pp. 929-933.

²⁰¹. *Traité*, pp. 93-95, n° 141.

²⁰². A savoir:

- pour ce qui concerne les effets de la clôture de la faillite et de la décharge du curateur sur les droits du vendeur dont la réserve de propriété a été méconnue: Cass., 2 novembre 2018, C.17.0498.N, *R.W.*, 2019-2020/13, p. 501;
- pour ce qui concerne les effets de l'action paulienne à l'égard des tiers acquéreurs: Cass., 7 février 2019, C.18.0304.F, *R.W.*, 2019-2020/18, p. 698;
- pour ce qui concerne l'infraction d'abus de biens sociaux et son application aux actifs provenant d'une activité illicite: Cass., 2 octobre 2019, P.18.0981.F, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020/2, p. 170;
- pour ce qui concerne l'infraction d'abus de biens sociaux et les faits ne pouvant légalement exclure l'élément moral du délit ou justifier un doute quant à son existence, comme la faiblesse financière de la personne morale, la nécessité pour son gérant d'assurer sa propre subsistance, le procédé consistant à substituer à un salaire grevé de charges sociales des prélèvements de trésorerie inscrits en compte courant, le remplacement d'un actif par une créance: Cass., 18 mars 2020, P.19.1299.F, *J.T.*, 2020/16, p. 89 et note;
- pour ce qui concerne le soutien à accorder par une société mère à sa filiale, jugé équivalent à une obligation de résultat: Cass. (Fr.), 3 juillet 2019, *T.R.V.-R.P.S.*, 2020/1, p. 81 et note B. DODOU, « En matière de lettre d'intention, le soutien accordé par une société mère à sa filiale équivaut à une obligation de résultat », pp. 84-96;
- pour ce qui concerne les documents à joindre à la requête en réorganisation judiciaire: Liège, 18 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2020/5, p. 193 et note D. PASTERGER, « Les annexes à la requête en réorganisation judiciaire: fiabilité des comptes ou du débiteur », pp. 197-203;
- pour ce qui concerne le vote sur le plan de réorganisation et l'abus de droit: Comm. Liège, 5 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2020/5, p. 204;
- pour ce qui concerne les réalisations immobilières dans les faillites: Civ. Liège (sais.), 20 mars 2019, *J.L.M.B.*, 2020/8 et note Fr. GEORGES, « L'exception au monopole du curateur de vendre les immeubles de la masse faillie », pp. 367-369.

²⁰³. *Doc. parl.*, Ch., n° 55 1337/001, <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/1337/55K1337001.pdf>.