

– de eiseres aangifte deed van haar schuldvordering voor de gederfde huurinkomsten voor de periode van 1 oktober 2016 tot 31 maart 2022, hetzij 1.277.387,00 euro;

– de eerste rechter en de appelrechter van oordeel zijn dat de eiseres enkel kan aanspraak maken op schadevergoeding en deze krachtens artikel 20 van de huurovereenkomst bepaald dient te worden op 6 maanden huur, hetzij 115.013,22 euro;

– de eiseres hiertegen aanvoert dat zij niet de ontbinding heeft gevorderd, noch aanspraak maakt op schadevergoeding wegens wanprestatie, maar de uitvoering van de overeenkomst bij equivalent.

3. De appelrechter die oordeelt dat door de toepassing van artikel 46 faillissementswet “*de wanprestatie van de gefailleerde van rechtswege [wordt] vastgesteld*”, de medecontractant “*al haar rechten behoudt tegen de gefailleerde, met dien verstande dat de curator nooit verplicht kan worden tot uitvoering in natura*” en diens “*rechten [...] worden omgezet naar een vordering tot schadevergoeding*” die een schuld in de boedel is en op die gronden beslist dat de eiseres enkel gerechtigd is tot de contractueel bepaalde schadevergoeding, verantwoordt zijn beslissing naar recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Eerste onderdeel

4. Met het in het tweede onderdeel tevergeefs bekritiseerde oordeel dat de eiseres enkel aanspraak kan maken op de wegens wanprestatie contractueel bepaalde schadevergoeding, verwerpt de appelrechter ook de door de eiseres in onderschikte orde ingestelde vordering.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 630,24 euro en op de som van 650 euro rolrecht verschuldigd aan de Belgische Staat.

(...)

Note

L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles¹

Florence George

1. Introduction. Bien qu'il traite de l'article 46 de la loi sur les faillites désormais remplacé par l'article XX.139 du Code de droit économique², l'arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 2020 apporte une nouvelle pierre à l'édifice.

Les pouvoirs du curateur sont circonscrits tandis que de nouvelles dérogations au droit commun se font jour.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur les faits de la cause ainsi que les décisions de fond rendues respectivement par le juge de paix du canton de Bree et le tribunal de première instance du Limbourg, division Tongres, statuant en degré d'appel (I.).

Nous examinerons ensuite le moyen développé à l'appui du

pourvoi ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 2020 (II.).

Les pouvoirs reconnus au curateur en vertu de l'article 46 seront étudiés, et ce au regard de l'évolution de la jurisprudence de notre Cour de cassation. L'occasion nous sera donnée de mettre en parallèle l'ancien régime de la loi sur les faillites et les dispositions actuelles du Code de droit économique (III.).

Enfin, notre attention se portera tout particulièrement sur les sanctions contractuelles ouvertes en cas d'inexécution par le curateur de la convention conclue par le failli. Les dérogations au droit commun seront clairement épinglées (IV.).

I. FAITS

2. La conclusion du contrat de bail commercial. Le 27 mars 2012, un contrat de bail commercial est conclu entre la société H. demanderesse en cassation, en qualité de bailleur, et la société W., en qualité de locataire.

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

¹ La présente note s'inspire de développements issus de notre thèse de doctorat. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018.

² Notons que la loi du 8 août 1997 trouve toujours application aux procédures de faillite en cours au 1^{er} mai 2018.

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

Par lettre recommandée du 17 octobre 2016, les curateurs indiquent au bailleur qu'ils ne souhaitent pas poursuivre l'exécution du contrat, en application de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

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

Cette déclaration de créance est contestée par les curateurs. La cause est renvoyée par le tribunal de commerce au juge de paix du canton de Bree.

4. Le jugement du juge de paix. Dans sa décision du 3 mai 2018, le juge de paix de Bree décide que le contrat de bail doit être considéré, suite au manquement contractuel du locataire, comme résolu à ses torts. Il y a lieu, selon le tribunal, de faire application de l'article 20 de la convention qui prévoit une indemnité conventionnelle forfaitaire et fixe équivalente à 6 mois de loyers à savoir 115.013,22 EUR. Le bailleur interjette appel de la décision.

5. Le jugement du tribunal de première instance du Limbourg, division Tongres, du 25 juillet 2019. Le tribunal de première instance statuant en degré d'appel déclare le recours recevable mais non fondé. Il confirme la décision dont appel.

Le tribunal considère, tout d'abord, que les articles 3 et 18 du contrat de bail commercial sont contraires à l'article 3, § 3, de la loi sur le bail commercial, en ce qu'ils prévoient la conclusion d'un contrat à durée déterminée sans possibilité pour le preneur de résilier de manière anticipée la convention, sauf dans les cas prévus à l'article 18. Ces clauses contractuelles doivent, dès lors, être considérées comme réputées non écrites.

Le tribunal constate ensuite que les parties s'accordent pour considérer que l'absence de poursuite de la convention en vertu de l'article 46 de la loi sur les faillites constitue un manquement contractuel du failli qui donne lieu à des dommages et intérêts. Pour le tribunal, « L'article 46 de la loi sur

les faillites ne prévoit pas de droit de rupture du contrat mais permet au curateur de résilier le contrat qui lie le failli si la résiliation du contrat est nécessaire pour l'administration de la masse. Cette disposition s'applique sans préjudice des droits du cocontractant qui résultent de l'inexécution du contrat. En vertu de l'article 46 de la loi sur la faillite, la défaillance du failli est constatée de plein droit. L'autre partie conserve tous ses droits à l'égard du failli, étant entendu que le curateur ne peut jamais être obligé d'exécuter en nature le contrat. L'inexécution du contrat par le failli ouvre le droit pour l'autre partie de résoudre le contrat et de réclamer des dommages et intérêts. Les droits de l'autre partie seront donc convertis en une demande de dommages et intérêts. La demande de dommages et intérêts résultant de cette rupture de contrat est comprise dans la masse de la faillite et constitue une dette dans la masse. »³

Le tribunal considère que le droit d'option du créancier prévu à l'article 1184 du Code civil est limité en cas de faillite, la loi du 8 août 1997 constituant une *lex specialis*. Celui-ci n'a plus la possibilité de réclamer l'exécution en nature du contrat, et ne dispose plus que de la possibilité de le résoudre vu le manquement du cocontractant, sans toutefois que le contrat ne puisse être considéré comme dissous de plein droit par la faillite.

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

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

Le tribunal affirme enfin que « une demande de dommages et intérêts ne peut en aucun cas être assimilée à une exécution par équivalent et ne peut dès lors s'élever aux montants des loyers à échoir ». ⁴

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

L'affaire est renvoyée au tribunal de l'entreprise.

II. LE POURVOI ET LA DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION

6. Le pourvoi en cassation. Le bailleur se pourvoit en cassation.

Un seul moyen divisé en deux branches est développé à l'appui du pourvoi.

Le demandeur argue de la violation des articles 1142, 1146, 1147, 1149 et 1184 du Code civil ainsi que des article 46 de la loi sur les faillites et 1138, 3°, du Code judiciaire.

Dans sa première branche, le moyen reproche au juge du

^{3.} Traduction libre.

^{4.} Traduction libre.

fond d'avoir violé l'article 1138, 3°, du Code judiciaire qui prévoit que : « Il n'y a pas d'ouverture de requête civile, mais seulement, et contre les décisions rendues en dernier ressort, possibilité de pourvoi en cassation pour contravention à la loi : (...) 3° s'il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de demande, sans préjudice de l'article 797, alinéa 2 ». Pour le demandeur en cassation, le tribunal ne s'est pas prononcé sur la demande soumise à titre subsidiaire de dommages et intérêts à concurrence d'un montant de 287.535,05 EUR, à majorer des intérêts, à titre d'indemnisation du préjudice. Ce montant correspond à la perte de revenus locatifs jusqu'au 1^{er} avril 2018 inclus, soit la prochaine date à laquelle le bail aurait pu être résilié conformément à l'article 3, § 3, de la loi sur les baux commerciaux. Ce faisant, estime le requérant, le tribunal a violé l'article 1138, 3°, du Code judiciaire.

La deuxième branche du moyen se fonde sur les articles 1142⁵, 1146⁶, 1147⁷, 1149⁸ et 1184⁹ du Code civil.

Pour le demandeur en cassation, il résulte de ces articles lus conjointement « qu'en cas d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, le créancier peut réclamer au débiteur qui n'a pas exécuté cette obligation, le paiement de dommages et intérêts pour le préjudice qu'il a subi et le manque à gagner du fait de l'inexécution de l'obligation, même s'il n'a pas demandé la résolution du contrat pour ce motif ». ¹⁰

Partant, « en décidant que la résolution du bail est la seule et unique option du demandeur et que les dommages et intérêts doivent être fixés à 6 mois de loyers conformément à l'article 20 de la convention comme indemnité forfaitaire en cas de résolution du bail, le juge d'appel a violé les articles précités ». ¹¹

Par ailleurs, « en décidant qu'une demande de dommages et intérêts ne peut en aucun cas être assimilée à une exécution par équivalent alors que l'exécution par équivalent réclamée par le demandeur consistait en un paiement de dommages et intérêts, le juge d'appel a violé les articles 1142, 1146, 1147 et 1149 du Code civil ». ¹²

7. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 2020. Dans son arrêt du 4 septembre 2020, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

La Cour décide que le moyen, en sa seconde branche, ne peut être accueilli. ¹³

La Cour rappelle tout d'abord que : « Krachtens artikel 46 faillissementswet, zoals van toepassing, kan de curator, wanneer zulks noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, beslissen om een door de gefailleerde gesloten lopende overeenkomst niet verder uit te voeren. De schuldvordering van de schade die eventueel verschuldigd zou zijn aan de medecontractant wegens de niet-uitvoering, wordt opgenomen in de boedel. » ¹⁴

Cette disposition, poursuit la Cour, « biedt aan de curator de mogelijkheid om te verhinderen dat het passief toeneemt door de verdere uitvoering van de overeenkomst. De beslissing van de curator om de overeenkomst niet uit te voeren, staat dan ook eraan in de weg dat de medecontractant de uitvoering van de overeenkomst *in natura* vordert of de uitvoering bij equivalent wanneer hierdoor het passief toeneemt ». ¹⁵

Partant, « De appelrechter die oordeelt dat door de toepassing van artikel 46 faillissementswet *'de wanprestatie van*

⁵. Art. 1142: « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

⁶. Art. 1146: « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. »

⁷. Art. 1147: « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

⁸. Art. 1149: « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »

⁹. Art. 1184: « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

¹⁰. Traduction libre.

¹¹. Traduction libre.

¹². Traduction libre.

¹³. Comme le précise J.-F. Van Drooghenbroeck : « L'expression selon laquelle 'le moyen ne peut être accueilli' fait office de formule résiduaire, subsumant tous les autres cas de rejets. On la retrouve lorsque la Cour donne à connaître qu'elle a examiné la décision attaquée pour en conclure qu'elle n'a pas violé la loi (le rejet d'un grief de légalité justifiant le recours à la formule alternative 'justifie légalement sa décision' ou 'décide légalement'), ou encore lorsque la Cour conclut le rejet d'un moyen articulé sur plusieurs branches sujettes à des réponses de genres différents. » (« Prendre le temps de lire le droit, comprendre un arrêt de la Cour de cassation » in *Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 181).

¹⁴. Traduction libre: « Conformément à l'article 46, le curateur peut lorsque c'est nécessaire pour l'administration de la masse, décider de ne pas poursuivre l'exécution du contrat conclu par le failli. La créance de dommages et intérêts due au cocontractant en raison de l'inexécution est comprise dans la masse. »

¹⁵. Traduction libre: « offre au curateur la possibilité d'éviter que le passif n'augmente en raison de la poursuite de l'exécution des contrats. La décision du curateur de ne pas exécuter le contrat empêche le cocontractant de réclamer l'exécution du contrat en nature ou par équivalent lorsque cela augmenterait le passif ».

de gefailleerde van rechtswege [wordt] vastgesteld', de medecontractant 'al haar rechten behoudt tegen de gefailleerde, met dien verstande dat de curator nooit verplicht kan worden tot uitvoering in natura' en diens 'rechten [...] worden omgezet naar een vordering tot schadevergoeding' die een schuld in de boedel is en op die gronden beslist dat de eiseres enkel gerechtigd is tot de contractueel bepaalde schadevergoeding, verantwoordt zijn beslissing naar recht. »¹⁶

La Cour s'intéresse ensuite à la première branche du moyen. Elle considère que celle-ci manque en fait dès lors que le juge d'appel a bien rejeté la demande introduite par le demandeur à titre subsidiaire. C'est donc en vain, selon la Cour, que le requérant critique l'arrêt entrepris qui décide que le bailleur ne peut réclamer que les dommages fixés contractuellement en cas d'inexécution.¹⁷

III. LES POUVOIRS DU CURATEUR EN VERTU DE L'ARTICLE 46 DE LA LOI SUR LES FAILLITES

A. Le principe de l'article 46 de la loi sur les faillites

8. Contextualisation. S'il est bien une matière où les arrêts de la Cour ne passent pas inaperçus, c'est bien celle relative à l'article 46 de la loi sur les faillites. Depuis 2004, la doctrine alimentée par ces arrêts tente d'ajuster au gré de la jurisprudence les pouvoirs conférés au curateur par l'article 46. Les écrits sont nombreux et laissent apparaître plusieurs pommes de discorde au sein de la doctrine.

9. Le maintien des contrats en cours. L'article 46 de la loi sur les faillites dispose:

« § 1^{er}. Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite.

§ 2. Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats.

Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats de travail avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités.

Après la déclaration de faillite et avant la clôture de la liquidation de celle-ci, les curateurs ont la faculté d'octroyer aux travailleurs licenciés, avec l'autorisation du juge-commissaire, une avance équivalente aux rémunérations et indemnités dues, et plafonnée à 80% du montant visé à l'article 19, 3^o bis, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851. »

On enseigne traditionnellement que les contrats conclus par le débiteur subsistent malgré la survenance de la faillite.¹⁸ En principe, ces contrats doivent, dès lors, être exécutés nonobstant celle-ci.¹⁹ Les contrats parfaits avant la faillite dont l'exécution est toujours en cours produisent leurs effets conformément au droit commun.²⁰ Le curateur est tenu, selon la Cour de cassation, de respecter les dispositions impératives qui trouvent à s'appliquer.²¹

Le § 1^{er} de l'article 46 de la loi sur les faillites enjoint cepen-

¹⁶. Traduction libre: « Le juge d'appel qui considère que par application de l'article 46 de la loi sur la faillite 'la défaillance du failli est constatée de plein droit', étant entendu que le cocontractant 'conserve tous ses droits à l'égard du failli, à savoir que le curateur ne peut jamais être obligé d'exécuter en nature' et que ses 'droits [...] sont convertis en une demande de dommages et intérêts' qui est une dette dans la masse et, sur cette base, décide que le demandeur n'a droit qu'aux dommages et intérêts déterminés contractuellement, justifie légalement sa décision. »

¹⁷. Le demandeur en cassation invoquait une violation de l'art. 1138, 3^o, C. jud.

¹⁸. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 323; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 476; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 132; I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2020, p. 931.

¹⁹. I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 478.

²⁰. E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT et J. DE LE COURT, *Pandectes belges. Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, t. 42, v^o *Faillite*, Bruxelles, Larcier, 1892, pp. 579-580. Voy. égal., J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 324.

²¹. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2005, portant sur le renouvellement du bail commercial, qui refuse de faire primer la loi sur les faillites. Le curateur est, selon cette décision, tenu de respecter l'art. 14 de la loi sur le bail commercial (Cass., 11 avril 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 833; *Pas.*, 2005, I, p. 828; *R.A.B.G.*, 2006, p. 640; *R.W.*, 2005-2006, p. 1505).

dant au curateur de prendre attitude. Il prévoit, en effet, que : « Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite (...) ». La décision du curateur d'exécuter le contrat ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une déclaration expresse.²² Elle peut aussi être tacite pour autant qu'elle ne suscite aucun doute.²³ L'exercice de cette faculté par le curateur ne peut être déduit que de circonstances non équivoques.²⁴ Le fait pour le curateur de ne pas résilier le contrat ne peut toutefois être interprété comme la volonté du curateur d'en poursuivre l'exécution.²⁵ Ainsi, il fut jugé par la cour d'appel de Liège qu'« il n'y a pas d'acte délibéré de sa part (le curateur) autorisant à voir dans son attitude attentiste une volonté de s'engager pour la masse ».²⁶ En outre, on ne peut déduire une prise de décision dans le chef du curateur d'une simple tolérance.²⁷ Enfin, le simple fait que le curateur tire profit du contrat n'implique pas une décision de poursuite de ce contrat dans le chef du curateur.²⁸

10. La notion de contrat en cours. On admet généralement que l'article 46 s'applique « à tous les contrats en cours, quelle que soit leur nature ».²⁹ La notion de « contrats en cours » prête cependant à discussion. Aucune définition légale, ni jurisprudentielle ne permet de circonscrire cette dernière.

La doctrine n'est, au demeurant, pas unanime sur la question.

C. Alter juge opportun de limiter la notion aux « contrats à prestations successives ou continues, à l'exclusion des contrats instantanés mais qui n'auraient pas encore achevé de produire tous leurs effets au moment de la faillite ».³⁰ J. Windey, qui s'inspire des solutions de droit français³¹, circonscrit la notion de contrats en cours aux contrats en vertu desquels le cocontractant doit encore accomplir une ou plusieurs obligation(s), cette condition s'appréciant au jour du jugement déclaratif de faillite.³² T. Hürner partage cet avis lorsqu'il énonce que la notion de « contrat en cours » « doit être comprise par référence à l'intérêt de la masse, en sorte qu'il s'impose, pour déterminer si un contrat est ou non en cours, de s'interroger sur la question de savoir si le failli (et donc la masse des créanciers) peut encore s'attendre à l'exécution d'une prestation de la part de son cocontractant ».³³ Pour J. Malekzadem, il s'agit des contrats « die dateren van vóór de faillietverklaring, waarvan de uitvoering op het tijdstip van faillietverklaring nog niet voltooid is en die evenmin door het faillissementsvonnis zelf worden beëindigd ».³⁴ De même, d'après E. Dirix, il s'agit des « contracten die 1) dateren van vóór de faillietverklaring, 2) waarvan de uitvoering op dat tijdstip (door de debiteur) nog niet was voltooid en 3) waaraan door het faillissementsvonnis zelf geen einde wordt gemaakt ».^{35,36}

En jurisprudence, il ressort des arrêts de la Cour de cassation³⁷ qu'aucune distinction ne doit être opérée entre contrats opposables et non opposables pas plus qu'entre contrats

22. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 325.

23. *O.c.*, p. 325.

24. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

25. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 325.

26. Liège, 26 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 978.

27. Liège, 27 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1742.

28. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

29. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

30. 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, p. 472. Voy. égal. A. MEULDER qui soutient que le régime de l'art. 46 ne tient pas compte des effets propres à certains contrats (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, p. 865).

31. Le « contrat en cours » en droit français est actuellement défini comme « un contrat 'en cours d'existence et en cours d'exécution' à l'ouverture de la procédure, contrat à exécution successive qui n'a pas pris fin à cette date ou contrat à exécution instantanée non encore intervenue ». La notion de contrat en « cours d'existence » exige que le contrat ait été conclu, même sous condition, et qu'il n'ait pas disparu avant l'ouverture de la procédure. Celle de contrat « en cours d'exécution » implique que le débiteur est encore créancier de son cocontractant à l'ouverture de la procédure ou, à tout le moins, qu'il attende encore « la réalisation d'un effet important du contrat à charge de réciprocité » (F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2014, pp. 317-318).

32. J. WINDEY, « Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties », in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier 2009, p. 110.

33. T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 231 avec les références de droit français citées à la note 76.

34. J. MALEKZADEM, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.D.C.*, 2016, p. 849. Traduction libre : « qui datent d'avant la déclaration de faillite et donc l'exécution au moment de la déclaration de faillite n'était pas encore achevée et auxquels il n'est pas mis fin automatiquement par le jugement de faillite ».

35. E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, p. 202, n° 5.

36. Voy. sur l'utilité de cette notion, S. BAEYENS, « Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER », *T.P.R.*, 2019, pp. 906-913. L'auteur précise que « de definitie van het begrip 'lopende overeenkomst' bewijst haar nut enkel indien de curator de voortzetting van de overeenkomst wenst te bekomen. Dit betreft echter slechts een deelaspect van artikel XX.139, § 1 WER. Artikel XX.139 WER heeft eveneens betrekking op de niet-voortzetting van overeenkomsten en, belangrijker, de gevolgen hiervan. In dat geval is het antwoord op de vraag of de overeenkomst een lopend karakter heeft geen belang. Zoals uit de definitie van Dirix blijkt, dient de curator een beslissing te nemen met betrekking tot alle overeenkomsten waarvan de uitvoering door de gefailleerde nog niet voltooid » (p. 912).

37. Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 113; *R.W.*, 2005-2006, p. 53, note W. VAN LEMBERGEN et note S. BRIJ; *R.D.C.*, 2005, p. 241, note A. ZENNER et C. ALTER et note C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP; Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 158; *T. Not.*, 2009, p. 201, note F. BOUCKAERT.

régis par des dispositions légales impératives ou non.

Jusqu'en 2015, les décisions soumises à la censure de la Cour concernaient exclusivement des contrats afférents à des droits de créance. A l'occasion de l'arrêt du 3 décembre 2015³⁸, la Cour est saisie d'une nouvelle question: qu'en est-il du pouvoir du curateur face à des contrats qui créent des droits réels? Dans cette affaire, un curateur invoquait avoir rompu le contrat de superficie qui liait le failli en qualité de superficiaire sur le pied de l'article 46. Pour le tréfoncier, demandeur en cassation, le curateur ne peut méconnaître l'existence et la durée du contrat de superficie en y mettant fin de manière prématurée. La Cour refuse d'épouser la thèse avancée par le demandeur en cassation et rejette le pourvoi. Elle décide que:

« En vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, le curateur peut résilier un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat octroie des droits qui sont opposables à la masse. Ainsi, lorsque les conditions prévues à cet effet sont réunies, le curateur peut résilier les contrats en matière d'usage et de jouissance de biens immeubles même si les droits ainsi octroyés répondent à un droit réel.

Le moyen, qui soutient qu'en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, le curateur ne peut pas porter atteinte à la durée d'un contrat établissant un droit de superficie en résiliant anticipativement ce contrat dans l'intérêt de la masse, repose sur un soutènement juridique erroné. »

Une nouvelle étape est franchie par la Cour. L'article 46 s'applique à tous les contrats peu importe qu'ils donnent naissance à des droits de créance ou à des droits réels.^{39,40}

La réforme du droit de l'insolvabilité s'inscrit toutefois en

recul par rapport à cette jurisprudence. L'article XX.139, § 1^{er}, al. 1^{er} *in fine* précise, à contre-courant de cet arrêt, que la décision de résiliation ne peut pas porter atteinte aux droits réels de tiers.

Ainsi, comme le soulignent les travaux préparatoires, le droit de résiliation n'emporte pas pour le curateur la faculté de « mettre fin à des droits réels concédés par le failli à des tiers (p. ex. quand le failli a octroyé le droit de superficie). Le cocontractant du failli conserve tous les droits réels (usufruit, superficie, emphytéose) dont les conditions d'opposabilité à la masse ont été remplies avant la déclaration de faillite ». ⁴¹

B. Les exceptions

11. Panorama. Le principe de continuité des contrats en cours n'est toutefois pas absolu. Le curateur est, en effet, admis, dans certaines circonstances, à refuser d'exécuter voire à résilier le contrat souscrit par le failli. Une présomption de résiliation est également prévue à l'article 46 – devenu article XX.139 CDE – sans oublier que la faillite peut constituer une cause de dissolution du contrat.⁴² Nous revenons sur ces exceptions et leur origine dans les développements qui suivent.

12. Le refus d'exécution (et le droit de résiliation issu du droit commun). La solution consacrée traditionnellement par la doctrine et la jurisprudence avant l'introduction de la loi du 8 août 1997⁴³ était la suivante: le curateur disposait d'une option entre la poursuite de l'exécution du contrat et sa non-exécution.⁴⁴

Ce refus d'exécution trouvait ses racines, selon A. Zenner,

³⁸. Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. MALEKZADEM; *N.J.W.*, 2016, p. 578, note V. SAGAERT; *R.W.*, 2016-2017, p. 1133; *T.B.O.*, 2016, p. 317.

³⁹. Voy. sur l'application de l'art. 46 à l'ensemble des droits réels, J. MALEKZADEM, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.D.C.*, 2016, pp. 853 et s.; V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.W.*, 2016-2017, pp. 1134 et s. Voy. toutefois *contra*, M.E. STORME et R. JANSEN, « Zakelijke rechten en insolventie », in V. SAGAERT (red.), *Themis, Cahier 99, Vastgoedrecht 2016-2017*, Bruges, die Keure, 2017, p. 165; J. DE SMET, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 180; Gand, 7 octobre 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 230.

⁴⁰. Voy. sur l'incidence de l'application de l'art. 46 sur les droits réels des tiers: V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.W.*, 2016-2017, pp. 1135 et s. L'auteur y traite, p. ex., du sort du tiers bénéficiaire d'une hypothèque sur le droit d'emphytéose.

⁴¹. Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I^{er} du Code de droit économique (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, pp. 90-91). Voy. égal., B. PIRLET, « Application de l'article 46 de la loi sur les faillites au contrat d'emphytéose: réflexion sur la nature des droits réels à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 », *R.D.C.*, 2017, pp. 701-729.

⁴². Voy. sur toutes les hypothèses où la faillite du débiteur peut être considérée comme une cause de dissolution du contrat: F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1066 et s.

⁴³. Voy. le régime applicable sous l'empire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis de paiement (loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis (Livre III du Code de commerce), *M.B.*, 24 avril 1851).

⁴⁴. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, p. 246; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur? », *R.D.C.*, 2008, p. 865; A. ZENNER et C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 158-159; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, pp. 214-215; T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défective. Actualités et pratique*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 247.

dans le principe de l'égalité des créanciers. Le fait pour le curateur d'exécuter l'ensemble des conventions en cours aurait favorisé indûment certains cocontractants « au détriment de l'ensemble des créanciers de sommes qui ne perçoivent qu'un dividende ».⁴⁵

Par ailleurs, la faculté de résiliation des contrats reconnue au curateur ne renvoyait qu'aux dispositions légales et conventionnelles qui le permettaient.⁴⁶ On refusait de « conférer au curateur plus de droits que ceux dont disposait le débiteur avant la faillite par rapport aux contrats en cours ».⁴⁷ Par exemple, lorsqu'un bailleur était déclaré en faillite, le locataire continuait à bénéficier de la protection légale qui lui était conférée sans que le curateur ne pût le faire expulser. Il importait donc à cet égard de ne pas confondre « refus d'exécution » et « droit de résiliation ».

13. Le pouvoir de résiliation propre à la faillite. Un véritable pouvoir de résiliation dans le chef du curateur se dégage toutefois progressivement en jurisprudence.

Dans un premier arrêt du 24 juin 2004⁴⁸, la Cour de cassation est amenée à se prononcer sur la validité de la résiliation, opérée par un curateur sur le pied de l'article 46, d'une convention de bail et d'une convention de sous-location.

Elle considère qu'« il n'appartient pas au curateur de résilier un contrat opposable conclu par le failli, lorsque la poursuite du contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse; que le curateur peut par contre mettre fin à un contrat qui lie le failli, si la résiliation du contrat est *nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille*⁴⁹, sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat ».⁵⁰ En décidant, sans vérifier *in concreto*, que « rien ne fait obstacle à ce que le curateur réalise l'immeuble nonobstant l'existence du contrat de bail commercial », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.

Dans un second arrêt du 10 avril 2008⁵¹, la Cour se penche sur la résiliation par un curateur d'une convention de bail à ferme. Elle confirme et précise l'enseignement dégagé dans l'arrêt du 24 juin 2004 en ces termes:

« 1. Lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat confère des droits opposables à la masse.

Le simple fait que les biens acquièrent ainsi une valeur marchande moindre, n'empêche pas en soi le règlement normal de la faillite.

2. Il appartient au curateur de prouver que l'administration de la masse nécessite la fin du contrat. »

A l'occasion de l'arrêt du 3 décembre 2015⁵², la Cour décide à nouveau que:

« En vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, le curateur peut résilier un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat octroie des droits qui sont opposables à la masse. Ainsi, lorsque les conditions prévues à cet effet sont réunies, le curateur peut résilier les contrats en matière d'usage et de jouissance de biens immeubles même si les droits ainsi octroyés répondent à un droit réel.

Le moyen, qui soutient qu'en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, le curateur ne peut pas porter atteinte à la durée d'un contrat établissant un droit de superficie en résiliant anticipativement ce contrat dans l'intérêt de la masse, repose sur un soutènement juridique erroné. »

La Cour admet que le curateur puisse résilier des contrats en cours lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement.

Cette solution est désormais ancrée, avec la réforme du droit de l'insolvabilité, dans le texte de l'article XX.139, § 1^{er}, al. 1^{er}, qui prévoit que: « Les curateurs décident sans délai, dès leur entrée en fonction, s'ils poursuivent les contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin automatiquement, ou s'ils les résilient unilatéralement lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement. »⁵³

⁴⁵. A. ZENNER, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », in X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 690.

⁴⁶. *Ibid.*

⁴⁷. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, p. 246. Voy. égal. 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, p. 863.

⁴⁸. Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1130; *R.W.*, 2005-2006, p. 53, note W. VAN LEMBERGEN et note S. BRIJS; *R.D.C.*, 2005, p. 241, note A. ZENNER et C. ALTER et note C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP.

⁴⁹. Nous soulignons.

⁵⁰. Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1130; *R.W.*, 2005-2006, p. 53, note W. VAN LEMBERGEN et note S. BRIJS; *R.D.C.*, 2005, p. 241, note A. ZENNER et C. ALTER et note C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP.

⁵¹. Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588; *T. Not.*, 2009, p. 201, note F. BOUCKAERT.

⁵². Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. MALEKZADEM; *N.J.W.*, 2016, p. 578, note V. SAGAERT; *R.W.*, 2016-2017, p. 1133; *T.B.O.*, 2016, p. 317.

⁵³. Nous soulignons.

14. La présomption de résiliation. Malgré les premiers termes de l'article 46 de la loi sur les faillites⁵⁴, le curateur pourrait très bien tarder à prendre attitude quant à la poursuite ou non des contrats. À défaut pour le créancier d'être diligent et de mettre en demeure le curateur de prendre pareille décision, aucune sanction n'est précisée. Pour éviter une éventuelle période de latence, le législateur a prévu que les créanciers peuvent contraindre le curateur à opérer un choix dans la quinzaine. La sanction fixée par le législateur consiste en une « présomption de résiliation ». Cette dernière sortit ses effets de plein droit dès l'expiration du délai.⁵⁵ Le délai de 15 jours qui commence à courir à compter de la réception de la mise en demeure ou du moment auquel le curateur aurait normalement pu prendre connaissance de cette dernière ne pourra être prolongé qu'avec l'accord du créancier.⁵⁶ La disposition est d'ordre public.⁵⁷

Dans son arrêt du 21 mars 2014, la Cour de cassation précise que « l'application de cette présomption ne requiert pas que la résiliation du contrat soit nécessaire à la bonne administration de la masse ».⁵⁸

Suite à la réforme, l'article XX.139 n'utilise plus le vocable « présomption de résiliation ».⁵⁹ Le législateur prévoit que: « Sous réserve d'une prorogation amiable, si les curateurs n'ont pris aucune décision expresse avant l'expiration de ce délai, le contrat est *considéré comme étant résilié*.⁶⁰ »⁶¹

15. La faillite comme cause de dissolution du contrat. II

existe encore différentes hypothèses où la faillite peut être considérée comme une cause de dissolution du contrat. Dans le cadre de nos recherches doctorales, nous les avons classées en trois catégories. Dans la première catégorie, l'on trouve les hypothèses où la faillite entraîne la dissolution de plein droit du contrat.⁶² On y range, d'une part, même si les fondements de cette solution demeurent fragiles⁶³, les contrats conclus *intuitu personae* et d'autre part, les conditions résolutoires qui opèrent en cas de faillite. La deuxième catégorie englobe les facultés de résiliation et de résolution.⁶⁴ On y épingle, outre le pouvoir de résiliation du curateur (*supra*, n° 13, les contrats), les pactes commissaires exprès et les clauses de résiliation unilatérale. La dernière catégorie recouvre les cas réglés par le législateur⁶⁵ tels que les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle⁶⁶, les contrats d'assurance⁶⁷, de mandat⁶⁸, d'agence commerciale⁶⁹ et de travail.⁷⁰

C. Les controverses

16. Portée de l'article 46. Au fil de la jurisprudence, différentes thèses ont vu le jour en doctrine sur la portée de l'article 46. Trois courants existaient sous l'empire de l'article 46. Premièrement, les partisans, peu nombreux, d'un droit de résiliation « absolu »⁷¹, que certains ont qualifié de « sauvage »⁷², simplement limité par l'intérêt de la masse des créanciers. Ensuite, les défenseurs de la thèse

⁵⁴. Spécialement l'expression « dès leur entrée en fonctions ».

⁵⁵. I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Malines, Kluwer, 2019, p. 936, n° 1247.

⁵⁶. F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, Tome XII, *Le droit commercial et économique*, Livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n°224 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 480.

⁵⁷. F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 224.

⁵⁸. Cass., 21 mars 2014, C.13.0477.F, *J.T.*, 2014, p. 545; *Pas.*, 2014, I, p. 796; *R.W.*, 2014-2015, p. 1144; *T.B.O.*, 2015, p. 38.

⁵⁹. Voy. sur l'évolution F. GEORGE, « La réforme de la faillite », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 211 et s.

⁶⁰. Nous soulignons. Comme l'indique I. Veroustraete: « Indirectement, cet alinéa est indicatif de la durée du délai raisonnable dans lequel le curateur doit prendre position, sans toutefois créer, en sa faveur, une présomption irréfutable. » (I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Kluwer, 2019, p. 937).

⁶¹. Voy. sur cet art. XX.139 CDE, S. BAEYENS, « Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER », *T.P.R.*, 2019, pp. 901-964. Voy. pour une proposition d'amendements, F. DE LEO, « Lopende overeenkomsten bij faillissement: niet-uitvoeren is niet hetzelfde dan beëindigen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, 114-119.

⁶². F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1069 et s.

⁶³. F. GEORGE et P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae*: un régime à redéfinir? », in *L'entreprise et le droit des obligations*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 573 à 633; F. GEORGE et P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae*: un régime à redéfinir? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 3 à 35. Voy. égal.: P. BAZIER, *L'intuitus personae dans le contrat*, Thèse UCLouvain, à paraître, n°s 456-458.

⁶⁴. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1125 et s.

⁶⁵. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1151 et s.

⁶⁶. Art. XI.120 CDE. Voir aussi art. XI.85 CDE.

⁶⁷. Art. 87 loi du 4 avril 2014.

⁶⁸. Art. 2003 de l'ancien Code civil.

⁶⁹. Art. X.17 CDE.

⁷⁰. Art. 26 loi du 3 juillet 1978 et XX.139, § 2, CDE.

⁷¹. C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil » (note sous Cass., 24 juin 2004), *R.D.C.*, 2005, p. 256.

⁷². Expression utilisée par T. Hüner et N. Ouchinsky (« Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, pp. 221-222) qui critiquent cette faculté.

d'une application limitée de l'article 46.⁷³ Enfin, en marge de ces deux positions, de manière radicalement opposée, on retrouve les adeptes de la doctrine traditionnelle antérieure à la modification législative de 1997⁷⁴ où l'existence d'un pouvoir de résiliation dans les mains du curateur est niée.

17. Première thèse: un droit de résiliation élargi. Un premier courant plaidait en faveur d'un droit de résiliation, sans frais, à charge de la masse et simplement limité par l'intérêt de cette dernière. Ces auteurs minoritaires se fondaient sur des considérations purement pragmatiques au regard de la mission confiée au curateur: « Terecht wordt derhalve door het Hof van Cassatie andermaal de centrale rol van de curator onderlijnd: deze is door zijn wettelijke opdracht belast met het beheer en de verzilvering van de vermogensrechten van de gefailleerde schuldenaar, enerzijds, en anderzijds handelt hij daarbij steeds in het belang van de schuldeisers verenigd in de boedel. »^{75,76} Cette position, empreinte d'un souci d'efficacité, resta toutefois isolée. L'ambiguïté terminologique présente à l'article 46 (« présumé résilié ») était également susceptible d'être invoquée à l'appui de pareille position.

18. Deuxième thèse: un pouvoir de résiliation limité.

Une autre partie, plus importante, de la doctrine préférait se prononcer en faveur d'un droit de résiliation limité à des cas plus exceptionnels.⁷⁷ Le droit de résiliation était assorti de limites sévères et strictes.⁷⁸ Une telle interprétation se justifiait principalement par la portée de l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert » délimitée par notre Cour de cassation dans son arrêt de 2008.⁷⁹ A titre d'exemple, E. Dirix⁸⁰ énumérait comme cas pouvant faire l'objet d'une résiliation: les biens deviennent invendables du fait du contrat, le montant du loyer est considérablement inférieur aux conditions du marché, le maintien des droits du cocontractant impose des obligations financières exagérées à la masse.⁸¹ Selon ce courant, les limites strictes fixées par la Cour constitueront un régulateur voire un frein pour le curateur, qui redoublera de prudence lors de l'application de l'article 46.

Cette thèse fut, au fil du temps, partagée par la majorité de la doctrine. L'arrêt rendu le 3 décembre 2015⁸² par la Cour de cassation est venu consolider cette tendance favorable à un pouvoir de résiliation limité par les nécessités de l'administration de la masse des créanciers.

⁷³ 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, p. 868; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 222; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 479.

⁷⁴ A. ZENNER et C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge (De Page)*, t. 2, *Les obligations*, vol. II, *Les sources des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1014. Voy. égal. de manière moins explicite: S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een toevenaar? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 215; T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 255.

⁷⁵ C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil » (note sous Cass., 24 juin 2004), *R.D.C.*, 2005, pp. 256-257; Ch. VAN BUGGENHOUT et J. DE VOS, « De voortzetting van de overeenkomsten door de curator: het cassatiearrest van 24 juni 2004 », in E. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS et M. VAN MEENEN, *Curatoren en vereffenaar: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 630-631.

⁷⁶ Traduction libre: « A juste titre, le rôle central du curateur est, par conséquent, une fois de plus souligné par la Cour de cassation. Ce dernier est chargé d'une mission légale d'administration et de liquidation des droits du failli et, d'autre part, il agit toujours dans l'intérêt des créanciers dans la masse. »

⁷⁷ G. CARNOY, « La Cour de cassation précise l'article 46 LF », www.businessandlaw.be/article1356.html; J. DERYCKERE, « Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen. Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kier » (note sous Cass., 10 avril 2008), *D.A.O.R.*, 2008, pp. 246-249; 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, p. 868; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 222; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 479.

⁷⁸ T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 348; 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, p. 868; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 222; I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 479.

⁸⁰ E. Dirix déniait pourtant, avant les arrêts rendus par la Cour de cassation en 2004 et 2008, tout pouvoir de résiliation dans le chef du curateur (« Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s.).

⁸¹ E. DIRIX, « Insolventierecht en gemeenrecht », in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 420 cité par T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCKEN, M. DREESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 58.

⁸² Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. MALEKZADEM; *N.J.W.*, 2016, p. 578, note V. SAGAERT; *R.W.*, 2016-2017, p. 1133; *T.B.O.*, 2016, p. 317.

19. Troisième thèse: le retour à une position traditionnelle. De manière plus prudente encore, certains auteurs⁸³ adoptaient une position moins tranchée. Ainsi, A. De Wilde exposait en 2005 que « ook na de lezing van het cassatie-arrest d.d. 24 juni 2004 dient te worden besloten dat het faillissementsrecht geen wettelijk bevat waarin de curator een eenzijdig verbrekingsrecht van de lopende overeenkomsten na faillissement wordt toegekend. Noch in de bewoordingen van artikel 46 Faill.W., noch in de voorbereiding van de faillissementswet, kan een dergelijk recht *sui generis* voor de curator worden gevonden ».⁸⁴ D'aucuns préféraient ainsi s'en remettre à la solution traditionnellement admise avant la réforme du droit de la faillite de 1997: le curateur peut simplement décider de ne pas poursuivre les contrats en cours⁸⁵, de ne pas les exécuter en nature.⁸⁶

A. Zenner⁸⁷ s'est ainsi insurgé contre tout pouvoir de résiliation au vu de l'insécurité juridique qu'il créait. La possibilité pour le curateur de mettre fin aux contrats de leasing, de concession, de franchise ou d'agence ainsi qu'aux crédits hypothécaires et, dans cette dernière hypothèse, de demander le remboursement pour les besoins de la liquidation se révélerait tout simplement dramatique.^{88,89} L'auteur avançait que le curateur pouvait trouver suffisamment de ressources dans

les articles 17 et s. de la loi sur les faillites afin de contester l'opposabilité des conventions conclues en fraude des droits des créanciers.^{90,91}

20. L'article XX.139 CDE. L'adoption de l'article XX.139 du Code de droit économique qui confère expressément le droit pour le curateur de résilier unilatéralement les contrats lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement aurait pu être perçue comme l'épilogue de ces nombreuses controverses. Il n'en fut cependant rien.

Une question restait encore en suspens. Dans notre thèse de doctorat, nous la posions en ces termes⁹²: l'introduction de l'article 46 de la loi sur les faillites (remplacé par l'art. XX.139 CDE) et le droit de résiliation qui lui est conféré, ou à tout le moins majoritairement reconnu par la doctrine, entraînent-ils la suppression du droit pour le curateur de refuser simplement d'exécuter, sans la résilier, la convention? Nous indiquions à cet égard: « La question, qui mérite d'être posée, n'est pas véritablement explorée par la doctrine et n'a pas reçu d'échos en jurisprudence. »⁹³ La distinction entre résiliation et non-exécution a, depuis lors, retenu l'intérêt de certains auteurs.^{94,95}

⁸³. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216; A. ZENNER C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213; P. CAVENAILE, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié. Voy. égal. de manière moins explicite: S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaars? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58; W. Van Lambergen qui n'approuve pas la solution retenue par la Cour à savoir la reconnaissance d'un droit de résiliation au curateur (W. VAN LAMBERGEN, « Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin? », *R.W.*, 2005-2006, p. 43). Notons que la majorité de ces auteurs reconnaît le revirement opéré par la Cour de cassation, mais n'y adhère pas.

⁸⁴. Traduction libre: « Même après la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004, on doit conclure que le droit de la faillite ne comporte aucun texte légal octroyant au curateur un droit de rupture unilatéral des contrats en cours au moment de la faillite. Ni dans les termes de l'art. 46 de la loi sur les faillites, ni dans les travaux préparatoires de cette loi, il ne peut être trouvé trace de semblable droit *sui generis* pour le curateur. » (A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216).

⁸⁵. A. ZENNER et C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213. Voy. égal. pour une proposition en ce sens: T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défective. Actualités et pratique*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 258.

⁸⁶. J. Malekzadeh emploie, en effet, l'expression « geen uitvoering in natura » (J. MALEKZADEH, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.D.C.*, 2016, p. 850).

⁸⁷. A. ZENNER, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié.

⁸⁸. C. Alter craint d'ailleurs à cet égard un effet domino en cas de faillite (audition à la Chambre des représentants, 25 novembre 2008, non publié).

⁸⁹. T. Hürner réplique toutefois, en matière de franchise, que la faillite du franchiseur rendra matériellement la poursuite du contrat impossible. Si une marque fait faillite, la vente des produits revêtus de cette marque deviendra par la force des choses impossible. Il ajoute qu'il ne voit pas comment un curateur pourrait justifier une demande de remboursement des crédits hypothécaires vu, d'une part, l'importante crise économique et sociale que cela pourrait engendrer et, d'autre part, l'absence d'efficacité en cas d'insolvabilité des emprunteurs (T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, pp. 225-226; audition à la Chambre des représentants, 25 novembre 2008, non publié).

⁹⁰. A. ZENNER, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié.

⁹¹. Voy. *contra* T. Hürner qui rétorque que de nombreuses hypothèses échappent à la qualification de fraude et sont antérieures à la période suspecte (audition à la Chambre des représentants, 25 novembre 2008, non publié).

⁹². Cette question est reprise par A. Zenner dans sa contribution « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation substantielles ou nouvelles », *R.D.C.*, 2020, p. 297.

⁹³. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 598.

⁹⁴. S. BAEYENS, « Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER », *T.P.R.*, 2019, pp. 945-947; F. DE LEO, « Lopende overeenkomsten bij faillissement: niet-uitvoeren is niet hetzelfde dan beëindigen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, 114-119.

⁹⁵. Notons ici les subtilités entre les versions néerlandophone et francophone: « Na hun ambtsaanvaarding beslissen de curatoren onverwijld of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van het faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, **al dan niet verder uitvoeren, dan wel of zij de overeenkomsten eenzijdig beëindigen** wanneer het beheer van de boedel dit noodzakelijkerwijs vereist. Deze beslissing kan geen afbreuk doen aan zakelijke rechten van derden tegenoverpelijk aan de boedel. » et « Les curateurs décident sans délai, dès leur entrée en fonction, **s'ils poursuivent les contrats conclus** avant la date du jugement déclaratif de faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin automatiquement, **ou s'ils les résilient unilatéralement** lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement. Cette décision ne peut porter atteinte aux droits réels de tiers opposables à la masse. »

D. L'apport de l'arrêt du 4 septembre 2020

21. L'existence de plusieurs interprétations possibles.

A la lecture de l'arrêt du 4 septembre 2020, plusieurs interprétations sont possibles.

La première consiste à se fonder sur les termes « niet verder uit te voeren » et à voir dans cet arrêt un revirement de jurisprudence et un retour à la solution consacrée traditionnellement par la doctrine et la jurisprudence avant même l'introduction de la loi du 8 août 1997. Le curateur dispose d'une option entre la poursuite de l'exécution du contrat et sa non-exécution.⁹⁶ En cas de refus d'exécution, il appartient alors au créancier du failli d'agir en résolution⁹⁷ sur la base du défaut d'exécution du curateur ou d'opposer l'exception d'inexécution ou un droit de rétention.⁹⁸ La situation est donc aux mains du cocontractant du failli qui resterait libre de réagir. Dans cette hypothèse, il faut alors souligner la précision apportée par la Cour selon laquelle la non-exécution doit être nécessaire pour l'administration de la masse. Un tel retour en arrière n'est toutefois guère plausible vu les développements de la jurisprudence de la Cour et l'adoption de l'article XX.139 CDE.

La deuxième interprétation consiste, vu la précision « wanneer zulks noodzakelijk is voor het beheer van de boedel », à mettre sur pied d'égalité « résiliation » et « non-exécution du contrat ». L'arrêt du 4 septembre 2020 ne viendrait que confirmer, de manière maladroite, les enseigne-

ments de ceux rendus en 2004, 2008 et 2015. A cet égard, on peut noter que même si un consensus s'est progressivement dégagé pour reconnaître au curateur un droit de résiliation strictement limité⁹⁹, l'expression « ne pas poursuivre » (niet verder zetten) ou « mettre fin » (een einde maken/beëindigen) est encore régulièrement employée.¹⁰⁰ On ne peut également s'empêcher de voir plusieurs points de convergence dans les attendus des arrêts de 2004 et 2020, tous deux rendus par une chambre néerlandaise. Une telle assimilation, en l'absence du terme « opzegging – résiliation » reste toutefois contestable sur le plan juridique.

La dernière interprétation, qui retient notre préférence, consiste à reconnaître au curateur, à côté de son droit de résiliation, le droit de ne pas exécuter la convention. Cette possibilité supplémentaire répond davantage aux besoins de la pratique. Dans notre dissertation doctorale, nous affirmions d'ailleurs que: « Dès lors qu'elle se fonderait sur le principe de l'égalité des créanciers, rien ne justifie, à notre estime, de mettre au ban cette possibilité, raison pour laquelle elle figure ici au rang des tempéraments à la poursuite des contrats en cours. »¹⁰¹

Rappelons que malgré l'adoption de l'article 46 et la jurisprudence de la Cour, plusieurs auteurs¹⁰² ont continué à plaider en faveur de la solution traditionnellement admise avant la réforme du droit de la faillite de 1997: le curateur peut simplement décider de ne pas poursuivre les contrats en cours.^{103,104}

⁹⁶ A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, p. 246; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur? », *R.D.C.*, 2008, p. 865; A. ZENNER et C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 158-159; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, pp. 214-215; T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, p. 247.

⁹⁷ Ou de notifier une résolution (Cass., 29 mai 2020, *J.T.*, 2020, p. 26 avec la note de P. WERY et S. STIJNS, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », pp. 21-25).

⁹⁸ A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, p. 246; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 215.

⁹⁹ J. MALEKZADEM, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.D.C.*, 2016, p. 854; V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.W.*, 2016-2017, p. 1134; M.E. STORME et R. JANSSEN, « Zakelijke rechten en insolventie », in V. SAGAERT (red.), *Themis*, Cahier 99, *Vastgoedrecht 2016-2017*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 164 et s.

¹⁰⁰ V. SAGAERT, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht » (note sous Cass., 3 décembre 2015), *R.W.*, 2016-2017, p. 1134; J. DE SMET, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 182.

¹⁰¹ F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 598.

¹⁰² A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216; A. ZENNER et C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 151-213; P. CAVENAILE, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié. Voy. égal. de manière moins explicite: S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaer? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58; W. Van Lambergen qui n'approuve pas la solution retenue par la Cour à savoir la reconnaissance d'un droit de résiliation au curateur (W. VAN LAMBERGEN, « Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin? », *R.W.*, 2005-2006, p. 43). Notons que la majorité de ces auteurs reconnaît le revirement opéré par la Cour de cassation mais n'y adhère pas.

¹⁰³ A. ZENNER et C. ALTER, « Evolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthémis, 2008, pp. 151-213. Voy. égal. pour une proposition en ce sens: T. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, p. 258.

¹⁰⁴ Voy. aussi A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216: « Même après la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004, on peut conclure que le droit de la faillite ne comporte aucun texte légal octroyant au curateur un droit de rupture unilatéral des contrats en cours au moment de la faillite. Ni dans les termes de l'art. 46 de la loi sur les faillites, ni dans les travaux préparatoires de cette loi, il ne peut être trouvé trace de semblable droit *sui generis* pour le curateur. » (traduction libre).

Ce refus d'exécution doit toutefois, précise la Cour, être nécessaire à l'administration de la masse. Cette condition diverge quelque peu de celle applicable en cas de résiliation et dégagée par la Cour dans ses arrêts du 10 avril 2008 et du 3 décembre 2015 à savoir « lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement ». Une appréciation plus souple trouve à s'appliquer lorsque le curateur refuse uniquement de s'exécuter sans résilier la convention, ce qui semble souhaitable vu l'interprétation stricte retenue pour l'exercice du pouvoir de résiliation.

Partant, l'arrêt de la Cour signifie simplement, à notre estime, qu'une décision de non-exécution dans le chef du curateur doit être prise dans l'intérêt de la masse.

Les conséquences de ce refus d'exécution sont ensuite abordées par la Cour (*infra*, n^{os} 23 et s.).

22. Un principe applicable sous le régime actuel? La solution dégagée par la Cour peut-elle être transposée à l'article XX.139 du Code de droit économique? La réponse est, à notre estime, affirmative pour les mêmes raisons que celles évoquées au numéro précédent.

Comme le précise A. Zenner: « 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 débiteur de dommages et intérêts à charge de la masse! ».

Il en est d'autant plus ainsi que la jurisprudence de la Cour n'offre toujours aucun exemple d'une situation dans laquelle la poursuite d'un contrat en cours aurait été jugée nécessaire pour les besoins de l'administration de la masse. L'interprétation en faveur d'une double alternative trouve du 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 »).¹⁰⁵

La doctrine du Nord du pays s'inscrit également en faveur d'une distinction nette entre résiliation et non-exécution.¹⁰⁶

IV. LES SANCTIONS DE DROIT COMMUN EN CAS DE FAILLITE

A. Vue d'ensemble

23. Les sanctions qui font l'objet d'un consensus. Le cocontractant du failli confronté à un refus d'exécution de la convention n'est pas totalement démuné.

Il peut, tout d'abord, adopter une attitude passive et, conformément au droit commun, recourir à l'exception d'inexécution ou au droit de rétention.

En outre, le principe du maintien des contrats en cours n'interdit pas au créancier de prendre l'initiative face à l'inaction d'un curateur. Il lui est loisible, de manière plus

active, de poursuivre la résolution du contrat.^{107,108} A cet égard, on notera que, conformément à l'arrêt récent du 23 mai 2019, la résolution pourra désormais être opérée par simple notification.¹⁰⁹ Le créancier gardera néanmoins à l'esprit le prescrit de l'article 24 de la loi sur les faillites, devenu article XX.118 CDE, qui précise qu'à partir du jugement déclaratif de faillite, « toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou immeubles, ne peut être suivie, intentée ou exercée que contre les curateurs ». ¹¹⁰ *In fine*, le créancier devra se contenter d'une simple admission de sa créance au passif de la faillite.¹¹¹

¹⁰⁵. A. ZENNER, « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation subsistantes ou nouvelles », *R.D.C.*, 2020, p. 297.

¹⁰⁶. S. BAEYENS, « Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER », *T.P.R.*, 2019, pp. 945-947; F. DE LEO, « Lopende overeenkomsten bij faillissement: niet-uitvoeren is niet hetzelfde dan beëindigen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, pp. 114-119.

¹⁰⁷. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 325; A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 429.

¹⁰⁸. L'art. 20, 5^o, de la loi hypothécaire prévoit toutefois que: « La déchéance de l'action revendicatoire emporte également celle de l'action en résolution, à l'égard des autres créanciers ». Voy. aussi l'art. 28, al. 1^{er}, de la loi hypothécaire qui dispose que: « L'action résolutoire de la vente, établie par l'article 1654, et l'action en reprise de l'objet échangé, établie par l'article 1705 du Code civil, ne peuvent être exercées au préjudice ni du créancier inscrit, ni du sous-acquéreur, ni des tiers acquéreurs de droits réels, après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par l'article précédent. »

¹⁰⁹. Cass., 29 mai 2020, *J.T.*, 2020, p. 26 avec la note de P. WERY et S. STIJNS, « La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation », pp. 21-25. Il conviendra bien évidemment de respecter les conditions dégagées par la Cour.

¹¹⁰. Même si l'al. 2 de l'art. 24 permet de diriger son action personnellement contre le failli, cette possibilité s'avère peu opportune. D'un côté, elle permet uniquement d'obtenir un titre qui ne pourra être exécuté que postérieurement au jugement de clôture. Or, le jugement de clôture emporte dissolution de la personne morale. De l'autre, « il suffit pour obtenir un titre, opposable même au failli, d'assigner le curateur (arg. Cass., 10 décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 107) » (F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 225).

¹¹¹. L'espoir d'un dividende est en pratique très mince pour les créanciers chirographaires.

En sus de cette demande de résolution, des dommages et intérêts pourront être réclamés pour le préjudice subi en raison de l'inexécution du contrat par le curateur.¹¹² Pour échapper à cette demande en résolution, la seule solution consiste à exécuter intégralement, et non en monnaie de faillite, l'obligation qui incombe au failli.¹¹³

Il est de surcroît loisible au créancier d'adresser une mise en demeure au curateur sur la base de l'article 46 de la loi sur les faillites/XX.139 CDE.¹¹⁴

Enfin, on n'oubliera pas de citer la possibilité pour le curateur et le cocontractant du failli de s'accorder sur la résiliation du contrat de commun accord.

24. Le flou qui règne sur la demande d'exécution en nature du contrat. Reste encore à déterminer le sort, en cas de faillite, de ce que la doctrine appelle, de manière ambiguë¹¹⁵, « l'exécution forcée » du contrat.

Il est en effet enseigné que: « Le cocontractant peut (...) opter pour l'exécution forcée du contrat. Mais, sauf s'il a droit à la restitution d'une chose qui se trouvait dans la masse au début de la faillite, l'exécution forcée lui permettra seulement de produire dans la masse, soit pour la créance convenue, si elle a pour objet une somme d'argent, soit pour des dommages et intérêts. »¹¹⁶ Il ne recevra, dès lors, « les prestations qui lui sont dues qu'en monnaie de dividende ». ¹¹⁷ A l'inverse, on lit chez certains auteurs que le cocontractant du failli ne peut agir en exécution forcée de la convention à l'encontre de la masse.¹¹⁸ Aucun consensus n'existe véritablement à l'endroit de cette sanction.

D. La place de l'exécution en nature du contrat

25. Condamnation vs exécution forcée de la condamnation.¹¹⁹ Traditionnellement, on s'accorde pour dire, qu'en cas de refus d'exécution, l'initiative revient au cocontractant du failli.¹²⁰

Comme nous venons de le voir, la possibilité d'« agir en exécution forcée »¹²¹ demeure toutefois discutée.

A cet égard, il convient de ne pas confondre le droit d'obtenir la condamnation de son débiteur *ad ipsam rem* d'une part et les voies d'exécution c'est-à-dire l'exécution forcée en nature proprement dite d'autre part.¹²² La terminologie utilisée par la doctrine pêche souvent par son manque de clarté.

Comme le souligne P. Wéry: « Trois questions, que la doctrine ne distingue pas toujours avec un soin suffisant, se posent à ce propos:

- Le juge a-t-il le pouvoir de condamner le débiteur à s'exécuter en nature (...)?
- Si tel est bien le cas, le créancier est-il en droit d'obtenir cette exécution directe de l'obligation en souffrance ou faut-il, au contraire, réserver au juge le choix de la sanction (...)?
- Enfin, quelles conséquences s'attachent au non-respect par le débiteur de la condamnation *ad ipsam rem*? Parmi les suites possibles de l'inexécution se pose ainsi la question de savoir si le créancier a le droit de recourir à son exécution forcée en nature (...).¹²³

¹¹². Le fait d'être payé en monnaie de faillite n'est toutefois pas considéré comme un préjudice réparable (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 325-326).

¹¹³. E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dirs.), *Répertoire pratique du droit belge*, t. 5, v° *Faillite et banqueroute*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1950, p. 371.

¹¹⁴. Voir une mise en demeure préalable à une résolution unilatérale.

¹¹⁵. Voy. sur le caractère ambigu de cette notion, *infra*, n° 25.

¹¹⁶. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 326.

¹¹⁷. E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dirs.), *Répertoire pratique du droit belge*, t. 5, v° *Faillite et banqueroute*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1950, p. 370 et les références citées: Rennes, 7 janvier 1879, *D.P.*, 2, p. 106; Nancy, 23 mai 1893, *D.P.*, 1894, 2, p. 227.

¹¹⁸. A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 428-429. L'auteur envisage dans le chef du cocontractant soit la résolution du contrat, soit l'adoption d'une attitude passive à savoir un refus d'exécution. Voy. aussi T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, pp. 343 et 345; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, pp. 215 et 234. Voy. sur le régime actuel, A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 1129 et s.; I. VEROUSTRATE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, pp. 931 et s. La question de l'exécution en nature du contrat n'est cependant pas spécifiquement abordée. Voy. égal., F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 598-599.

¹¹⁹. Voy. sur cette question, P. WÉRY, *L'exécution en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

¹²⁰. En cas de refus d'exécution, la situation était donc aux mains du cocontractant du failli qui restait libre de réagir. Il était loisible et facile pour ce cocontractant de laisser « pourrir » et perdurer la situation en vue d'accroître le passif du failli à son profit. L'exemple par excellence était celui du bailleur qui, plutôt que d'accepter la rupture du contrat de commun accord avec le curateur, préférerait laisser courir le bail tout en réclamant les loyers à échoir sous couvert de son privilège (T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 216). Une certaine jurisprudence a entendu atténuer la rigueur des conséquences de cette passivité. L'expédient emprunté par nos cours et tribunaux pour censurer pareille pratique fut la théorie de l'abus de droit (Trib. Verviers, 6 mai 1992, *inédit* cité par M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 315; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343 et T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 216. Voy. aussi pour un cas étranger à la faillite, J.P. Wavre, 14 août 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1151).

¹²¹. La terminologie est fâcheuse dès lors qu'elle ne permet pas de faire la distinction entre la condamnation à l'exécution du contrat et l'exécution de la condamnation (voies d'exécution).

¹²². P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 497.

¹²³. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 496.

26. Application en droit de la faillite. A notre estime, la condamnation *ad ipsam rem* du débiteur, ou plus exactement, du curateur *qualitate qua*, n'est pas nécessairement exclue. L'exécution en nature est la règle pour les obligations de *dare, facere* et *non facere*. Il s'agit donc d'un droit pour le créancier ou le débiteur qui la réclame: il revient donc au juge de prononcer cette condamnation si le créancier du failli la réclame, sauf à considérer qu'elle se heurte à une impossibilité matérielle ou juridique d'exécution dans le chef du curateur¹²⁴ ou qu'elle constitue un abus de droit.¹²⁵

Par ailleurs, le créancier du failli victime de l'inexécution peut, en principe, en vertu de l'article 1184 du Code civil, opter non pas pour la résolution du contrat mais pour son exécution, en principe, en nature ou par équivalent.

Par contre, l'exécution forcée en nature de la condamnation demeure, en tout état de cause, proscrite conformément à l'adage *nemo potest praecise cogi ad factum*.¹²⁶

Le créancier devra se rabattre, à défaut d'exécution volontaire, sur une condamnation à des dommages et intérêts¹²⁷ qui lui permettra de produire sa créance à la faillite. Les créanciers seront alors, le cas échéant, payés en monnaie de faillite suite à la réalisation de l'ensemble de l'actif.

Reste toutefois ouverte la question de savoir si le juge pourrait, malgré la survenance d'une faillite, assortir la condamnation à l'exécution en nature d'une astreinte. Les particularités de la faillite semblent difficilement s'accommoder à une telle hypothèse. La suspension des voies d'exécution en cas de faillite et la stricte égalité qui doit être maintenue entre les créanciers s'opposent à une telle astreinte.

La question se pose dans les mêmes termes pour le recours à la contrainte par substitution telle que le remplacement judiciaire ou le jugement tenant lieu d'acte.

Force est malheureusement de constater l'indigence de la littérature juridique à cet égard.

C. Les apports de l'arrêt du 2 septembre 2020

27. L'attendu de principe. Pour la Cour: « La décision du curateur de ne pas exécuter le contrat empêche le cocontractant de réclamer l'exécution du contrat en nature ou par équivalent lorsque cela augmenterait le passif. »

28. Les interprétations possibles. Une première interprétation consiste à avancer, puisque le contrat a pris fin, que le créancier du failli n'est plus en droit de solliciter la condamnation du failli à exécuter le contrat.¹²⁸ Cette thèse offre l'avantage d'être parfaitement conforme au droit commun des sanctions contractuelles. Elle peut se justifier de deux manières. Soit elle se fonde sur une assimilation – contestable – des concepts de « non-exécution » et de « résiliation » dont est marquée la jurisprudence de la Cour de cassation. Soit elle s'appuie sur la décision du juge d'appel qui avait estimé le contrat, de manière assez curieuse, comme résolu.

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

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

A cet égard, l'on pourrait imaginer que la Cour ait entendu souligner que la condamnation en nature est impossible juridiquement vu l'état de faillite. Même si elle permet de bien concilier les articles 1142 et s. du Code civil avec la procédure de faillite, une telle interprétation s'écarte très nettement de l'arrêt rendu par la Cour.

29. Conclusion. L'arrêt du 2 septembre 2020 s'ajoute à la liste des grands arrêts rendus en matière de contrats en cours et de faillite. Il ne s'inscrit toutefois pas totalement dans la lignée des précédents.

D'une part, il faut bien admettre que la possibilité pour le curateur de ne pas exécuter le contrat sans devoir passer par la résiliation de ce contrat revient au-devant de la scène.

D'autre part, la privation dans le chef du créancier de son droit à l'exécution en nature ou par équivalent du contrat suscite plusieurs interrogations. L'existence d'une nouvelle

¹²⁴ Le choix du créancier pour l'exécution en nature peut en effet se heurter à une impossibilité matérielle ou juridique d'exécution. La question dépend, notamment, du caractère *intuitu personae* de l'obligation à charge du failli. Cette question déborde toutefois largement le cadre de notre exposé (F. GEORGE et P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae*: un régime à redéfinir? », in *L'entreprise et le droit des obligations*, Bruges, de Keure, 2017, pp. 573 à 633; R.G.D.C., 2017, pp. 3 à 35. Voy. égal. sur l'impossibilité d'exécution des contrats *intuitu personae* lors de la survenance d'une faillite: P. BAZIER, *L'intuitus personae dans le contrat*, Thèse UCLouvain, à paraître en 2020, n°s 472-477).

¹²⁵ P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2020, n°s 506-507. Voy. sur l'abus du droit de demander l'exécution en nature: Cass., 30 janvier 2003, Pas., 2003, n° 69.

¹²⁶ Voy. sur la portée de cet adage, P. WERY, *L'exécution en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles, Kluwer, 1993, pp. 29-82.

¹²⁷ P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 494, n° 517.

¹²⁸ Voy. P. WERY, « L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle », *Le juge et le contrat*, Bruges, la Charte, 2014, pp. 448-449.

dérogation au droit commun mériterait d'être confirmée et précisée.

Il est vraisemblable que le détour, dans le chef des juridictions de fond, par l'article 1184 du Code civil afin d'enclencher le jeu de l'article 20 de la convention de bail – et ce alors même que le créancier ne s'était pas prévalu de son

droit de résolution – n'a fait que complexifier une matière déjà très riche en controverses.

L'argument de l'interdiction de l'abus de droit aurait peut-être permis de justifier, au fond, plus aisément la diminution de l'indemnité réclamée par le bailleur ...